Law Reform Commission of Canada

Working Paper No. 2

CRIMINAL LAW

strict liability

February 1974

LB
1027
.B05
.S185
1974
COPY 2

©

Information Canada
Ottawa, 1974

Cat. No.: J32-1/2-1974

NOTICE

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing by July 1, 1974, to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
William F. Ryan, Q.C., full-time member
Dr. J. W. Mohr, full-time member
Mme Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member
John D. McAlpine, part-time member

General Principles of Criminal Law project staff

Jacques Fortin, B.A., LL.L., LL.D., Director
Patrick Fitzgerald, M.A.
Bernard Grenier, B.A., LL.L.
Tanner Elton, B.A., LL.B.
Nicole Trudeau-Bérard, B.A., LL.L.

CONTENTS

I

The Law and the Citizen 1
The Criminal Law We Have 1
Why Have A Criminal Law? 4
The Question of Guilt 7
The Subordinate Aims of the Criminal Law 8

II

Strict Liability and Present Law 9

III

Should Strict Liability Remain? 13

IV

Strict Liability, Real Crimes and Bringing Wrongdoers to Justice 15

V

A Different Sort of Law of Real Crimes? 17

VI

Strict Liability, Deterrence and the Regulatory Offence 21
(a) Regulatory Offences, Strict Liability and Inhumanity 21
(b) Regulatory Offences, Strict Liability and Liberty 21
(c) Regulatory Offences, Strict Liability and Justice 22

VII

Strict Liability in Practice and the Regulatory Offence 27
(a) Unjust in Practice? 27
(b) Justifiable in Practice? 28
(c) Essential in Practice? 29
(d) Justice v. Expediency 30

VIII

Alternatives to Strict Liability in Regulatory Offences 31
(a) Violations 31
(b) An Administrative Solution 31
(c) *Mens Rea* 32
(d) The Nature of the Regulatory Offence 32
(e) Negligence 33

IX

The Criminal Law We Ought To Have 37

I

The Law and the Citizen

Mention the word "law" to the average man and the odds are he won't think of contracts, wills or all the other things that lawyers talk about. Ten to one he'll think of the police. The average man by "law" means first and foremost criminal law.

In this he shows good sense. For criminal law is the law that protects the citizens from violence, dishonesty and other "sins with legal definitions"—the law that sees him safely home. It's also the law that sees him into court: motoring, liquor and other lesser offences produce one and a half million convictions a year—one for every thirteen people in the country. Above all, the criminal law is our most basic and essential law, the law that is most concerned with right and wrong, and the law that more than all other law gives our society its shape.

But is it the shape we want? Criminal law isn't a one-way street, and while it protects the citizen, it also restricts his liberty for forbidding certain kinds of acts and by intervening to punish those who do them. As law reformers, then, we face three basic questions: (1) what right have we to have a criminal law—what is its justification? (2) does our criminal law restrict and intervene too much or not enough—what is its proper scope and ambit? and (3) does it punish the right people, or is it too severe on those who are not in fact at fault or is it too lenient on those who are—does it apply the right criterion of guilt? How far in these respects is our criminal law the kind of criminal law we ought to have?

The Criminal Law We Have

To begin with, what is the criminal law we have? In fact, what is the criminal law, and what is crime? Put simply, crime is anything against the law, but more than this; for acts against the law need not be crimes. Some, like breach of contract, are only civil wrongs—wrongs for which the wrongdoer can be sued and made by law to compensate those injured by them. Others—crimes—are wrongs for which he may be prosecuted and punished. On the face of it then, a crime is something prohibited and punishable by law.

This, though, is not enough. For many acts in Canada are prohibited and punishable by law without being crimes. To be a crime in Canada an act, in strict law, must be prohibited and punishable by federal law. In Canada, our constitution says, the power to make the criminal law is a federal power: the British North America Act entrusts this power to the federal Parliament.

The provinces, then, can make no criminal law. Yet all the same they create offences; for the B.N.A. Act lays down that the provinces can make it an offence to disobey the laws they have authority to pass and can impose penalties for disobedience to them. In consequence, they have created numerous offences (which in all respects look just like crimes) and which in fact produce by far the majority of convictions in our criminal courts—e.g. over 1,400,000 out of the 1,800,000 convictions recorded in 1969. You can be charged, convicted and punished for them just as for a crime. Nor would the ordinary citizen convicted, say, of driving without due care and fined and deprived of his licence, take comfort from the fact that, constitutionally speaking, he is guilty of a provincial offence and not a crime. This is a distinction he doesn't draw.

Instead he draws a different one, one dating back at least to Blackstone and the eighteenth century. A crime, he thinks, is not just anything that happens to be punishable by law, it is something that also *ought* to be so punishable. In the words of that nineteenth century master of the criminal law, Mr. Justice Stephen, to whom we largely owe our Criminal Code, a crime in the popular sense means "an act which is both forbidden by law and revolting to the moral sentiments of society." By contrast, acts simply forbidden by law but not revolting to the moral sentiments of society—e.g. parking at certain times in certain places—are mere prohibited offences. And between the two—between "crimes" and mere "offences"—there lies, the ordinary citizen contends, a basic difference.

But is he right? After all, what makes a crime like murder wrong? Surely the harm involved—direct harm to the victim, indirect harm to his family and harm in terms of fear and alarm to the rest of society. And why does the law forbid parking at certain times and places and make it an offence? Again surely because of the harm involved—street congestion and interruption of traffic flow. Is the difference, then, a simple difference of degree?

Not altogether. There are other differences: the harms involved are different in kind. "Crimes" violate fundamental rules, constitute wrongs of greater generality, and involve harm of a far more obvious kind than do "offences."

First, crimes contravene fundamental rules, while offences contravene useful, but not fundamental, ones. Murder, for example, contravenes a basic rule essential to the very existence and continuance of any human society—the rule restricting violence and killing. Illegal parking violates a different kind of rule, one which is by no means essential to society, useful though it may be to have it observed.

Secondly, crimes are wrongs of greater generality: they are wrongs that any person *as a person* could commit. Offences are more specialized: they are wrongs that we commit *when playing certain special roles* or when engaging in certain specialized activities. Murder and stealing, for example, are wrongs done by men simply as men. Illegal parking, unlawful sale of liquor and fishing out of season are wrongs done by men as motorists, as merchants or as fishermen. Such specialized offences we expect to find, not in criminal codes or books on criminal law, but in the specialized statutes and books on these particular topics.

But thirdly, crimes are far more obvious wrongs. Murder and robbery seem plainly wrong: they involve direct, immediate and clearly apparent harm to identifiable victims; and they are done with manifestly wrong intention. Offences are less clearly wrong: the harm involved is less direct, is collective rather than individualized, and is as often done by carelessness as by design. What is more, it is as often as not potential rather than actualized.

Perhaps this is why the defence of ignorance of law never found favour in the criminal law. For after all, what difference should it make if a murderer didn't known the precise law relating to his crime? He knows at least that killing is usually wrong. But should we say the same of mere offences? Are prohibitions of the traffic laws, the liquor laws and fisheries laws so obviously wrong that we can say the man who breaks them must have known his act was wrong?

Not that mere offences aren't wrong. To say they are less obviously wrong is not to say they are not wrong at all. Indeed this is the danger of the simple view that distinguishes crimes into the two categories of "crimes" and "offences". For it suggests that mere offences are in no way wrong and cause no harm. In truth, however, the accumulated harm caused by such offences as over-fishing, over-hunting, polluting the environment and so on, may well outweigh the harm resulting from more obvious crimes. So much so, in fact, that some would urge that no attention should be paid at all to the distinction.

But this would be unwise. For one thing, it's never wise to ignore completely distinctions drawn by ordinary citizens. Nor would it be advisable for law reformers to overlook the fact that one conviction for robbery will brand a man in ordinary life a "criminal" while a thousand convictions for illegal parking won't.

For another, it is well to learn the lesson taught by the ordinary man's distinction: "crimes" like murder, robbery and rape—though the law relating to them may descend to technical details—merely prohibit what common sense thinks wrong; "offences" like driving on the wrong side of the road and driving above the speed limit go much further. For here the law doesn't content itself with prohibiting what all of us think wrong—driving in a dangerous manner or at a dangerous speed: it proceeds to lay down which side we must drive on and exactly how fast we may drive; and about this there is inevitably an element of arbitrariness.

What we conclude is that in our criminal law there is a broad distinction which can't be pressed too far but which rests on an underlying reality.* On the one hand there exists a small group of really serious crimes like murder, robbery and rape—crimes of great antiquity and just the sort of crimes we should expect to find in any criminal law. These are the crimes originally defined by judges fashioning the common law, and now located in our Criminal Code; and all of them, of course, are federal crimes.

By contrast there exists a very much larger group of lesser offences like illegal parking, misleading advertising, selling adulterated foods—offences of much more recent origin. These are offences that were never known to common law and never gained entry into the Criminal Code. Instead they lurk within the confines of the Weights and Measures Act, the Combines Investigation Act, the Food and Drugs Act and all the various Acts and Regulations which our complex industrialized society produces. These "regulatory" offences, as they are often termed, are found in both federal and provincial law.

Our concern, of course, is federal law. It is those serious crimes and regulatory offences in the federal law. All the same, whether an offence is created by federal or provincial law, questions of fairness, justice, humanity and so on still apply. So while, strictly speaking, our recommendations and suggestions are confined to federal law, in a wider sense they can be looked on as applying equally to provincial law. The principles involved remain the same.

Why Have a Criminal Law?

What, then, are these principles? What is the aim and purpose of the criminal law? In particular, is there any justification for having a

*Exactly what to call these two different kinds of offence is a problem. Various terms have been used, e.g. real crimes and quasi-crimes, and the second category has been variously termed "civil", "public welfare", "regulatory" offences and so on. Our own usage in this paper is to call the first category "crimes" or "real crimes" and the second category "offences" "mere offences" "regulatory offences".

criminal law at all? Or is it nothing more than a rationalization of the cynic's doctrine "might is right"? For what other right could we have for setting up a series of prohibitions and punishing disobedience to them?

After all, what right has society to punish an offender? To answer that offenders deserve to be punished is not enough: to say a man deserves to suffer for the wrong he has done is not to say other men are entitled to make him suffer for it. For other men are not entitled to play at being God. Yet if we say we are entitled to punish wrongdoers to protect ourselves, don't we commit ourselves to using an offender for the benefit of others—to treating him not as an end in himself but as a means to the greater good of others?

Enormous as this problem is, in this short Working Paper we can but indicate a possible solution. We have, we would contend, a basic right to protect ourselves from harm and in particular from the harmful acts of others. One way of getting this protection is to use the law to forbid such acts and punish those committing them. And whether we punish to deter, to reform, to lock up offenders where they can do no harm, or to denounce the wrongfulness of the act committed—this self-protection is in our view the overall aim and general purpose of the criminal law.

Now given this aim and purpose of our law, the offender can't complain, when punished, that he is being used simply for the benefit of others. The fact is, he isn't. Society's rules and their observance benefits us all, offender included; so punishment securing this observance benefits us all, the offender again included. The offender then is not just being used for the greater good of others.

On the contrary, he is no more being used for the benefit of others than is an aggressor whose victim uses force in self-defence. His attack on an innocent victim loses the aggressor his right not to have force used upon himself. Likewise his violation of the law loses the offender his right not to have the law intervene against himself. For criminal law is society's self-defence against the criminal.

Nor can the offender complain of being used and treated as a mere thing or object. Again, the fact is, he isn't. The fact is, the law is treating him as a rational being with free-will and power of choice. "Keep these rules", says the law, "accept society's burdens and enjoy its benefits; or break these rules, reject society's burdens and lose its benefits: the choice is yours". Accordingly, to punish the man who breaks the rules and rejects the burdens isn't unfair. On the contrary, what would be unfair would be to let him reject society's burdens but at the same time let him keep the benefits. For this would be to have

it both ways—to gain an unfair advantage over the rest of society and take the law-abiding citizens "for a ride"; they would be sticking to the rules that benefit him but deriving no corresponding benefit from him in return. And this is what his punishment prevents.

But this alone won't justify our criminal law. For what if those who make the criminal law seek to protect themselves against things they have no right to be protected against? The Norman kings who conquered England sought to reserve all wild deer in the country for their own pleasure, forbidding anyone else to kill them under pain of death. Yet hadn't peasants as great a right as princes had to kill and eat wild animals? And we in our time have laws prohibiting lifestyles which those who make the laws perhaps dislike. Yet, may there be a right for everyone, so long as he does no harm to others, to go to Hell in his own fashion?

Next, what if the law should penalize those who are in no way to blame because they are in no moral way at fault? The unfortunate English Admiral Byng, we may reflect, was put to death because of a naval defeat that was not in any way his fault—which prompted Voltaire to remark that "in that country they kill an admiral from time to time to encourage the rest". But we in our time do things which, if less drastic, are equally unjust. We used to convict people having narcotics in their possession even if they were unaware that the thing in their possession was a drug at all, until happily in 1957 in *R.* v. *Beaver* the Supreme Court of Canada announced that possession without knowledge of the nature of the substance was no offence. Meanwhile an enormous number of offences still remains which can be committed unintentionally and unawares, and for which, accordingly, a person can be punished without being in any way to blame.

Yet surely criminal law and punishment are only justified provided two conditions are fulfilled. First, the law mustn't be oppressive and forbid things that the citizen has a moral right, and should be free, to do. Secondly, it shouldn't penalize those who are known to be without fault because they had no reasonable chance to comply with its provisions: it shouldn't punish those who do not break the law by choice.

So these are the basic problems for the criminal law. First, what are the things a person should be legally left free to do and what is the proper scope and ambit of the criminal law? Secondly, what sort of behaviour—intentional, reckless, negligent or lacking all moral fault —should attract criminal liability: what is the proper criterion of criminal guilt? This is the subject of our present inquiry.

In other words, to what extent should criminal liability be strict? How far should guilt depend on nothing more than the fact that

outwardly the offender has done the act forbidden by law? How far should his state of mind have any relevance? This is a fundamental problem of any criminal law. And the answer to it will do more than anything else to determine the kind of criminal law we want to have.

The Question of Guilt

The question, then, is this: should guilt be based on two factors—doing a wrongful act and meaning to do it—as it is in murder, robbery and other crimes? Or should it be simply based on doing the wrongful act, as it is in most regulatory offences, which in general can be committed quite unintentionally or unawares? Or does it all depend on the type of crime in question? Should "real" guilt be necessary for crimes and "technical" guilt enough for regulatory offences? Or again should we drop the idea of guilt altogether and base the law on dangerousness or harmfulness, as we do in the case of mentally disordered offenders, offenders who are neither punished nor released but detained at the Lieutenant-Governor's pleasure?

Does it also depend on the type of defendant involved? Should the same criterion be used in the case of a corporate defendant as in the case of an individual accused? Real crimes are mostly committed by real or natural persons, but regulatory offences are committed as much by corporations as by natural persons. So questions about the criteria of guilt are also questions about the criminal liability of corporations.

This, though, is a major question in itself and one not dealt with in this Working Paper. For one thing the criminal liability of corporations raises other questions beyond that of the criteria of guilt, questions we reserve for a later Paper. For another, justice, liberty and humanity —or their absence from our law—mean more to ordinary persons than to corporations. What, then, should be the law's criteria of personal guilt?

In concentrating, though, on personal guilt, we do not mean to exclude entirely from consideration the problem of vicarious liability. The question whether a person is criminally liable for the acts of others arises frequently with regulatory offences alongside the question whether criminal liability is strict. A typical example is that of an employer who is prosecuted, not because he himself was in the wrong, but because his employee in the course of his employment unwittingly contravened some regulation. On this, our tentative position is that vicarious liability in criminal law is only justifiable on the basis of personal fault in the employer himself. This tentative position is in line with our general view on personal guilt and the aims of the criminal law.

The Subordinate Aims of the Criminal Law

Given that the overall aim of the criminal law is the aim of self-protection, what should be the more immediate aim of the criminal law and the criminal justice system? Should it be bringing wrongdoers to justice—the kind of aim at work in the law of crimes, where trials are slow and solemn, convictions shameful, and punishment ignominious and deserved? Or should it be the less dramatic aim of simply deterring people from breaking the law—the kind of aim at work in the law of regulatory offences, where trials are short and speedy, convictions, labels and penalties mere disincentives? Or should our aim be simply harm prevention by means of a law, not of prohibitions and penalties, but of descriptions and prescriptions— description of harms to be avoided and prescriptions of avoiding action?

The answer to these questions bears upon the criteria of guilt the criminal law should have. As the law now stands, real guilt—guilt in the fullest sense where the offender has done a wrongful act and meant to do it—goes with the aim of bringing wrongdoers to justice. For the wrongdoer being brought to justice must be shown to be a wrongdoer in the fullest sense and to have meant to do the wrong thing he did. A lesser kind of guilt—technical guilt—goes with the aim of simple deterrence, where time no longer allows trials to be tailored to the individual defendant but insists on each case being processed along the conveyor belt of dime-store justice, with no room left for inquiring whether the defendant was at fault and meant to do the act he did.

By contrast, the aim of simple harm prevention isn't concerned with guilt at all but only with suppression of potential danger. So, for example, the law authorizes inspectors to seize hazardous products, impound adulterated food, ground unsafe aircraft, destroy diseased livestock and so on. Here guilt is irrelevant because the law is acting, not against a person so much as against a harmful thing—proceedings are not *in personam* but *in rem*.

Given that our law works in these three different ways, how far should criminal liability depend on personal fault? Should it depend on intention, on recklessness, on a state of mind—what lawyers call *mens rea*? Should it depend on negligence—on some culpable condition falling short of traditional *mens rea*? Or is it justifiable to drop all requirements of *mens rea* or other culpability and to substitute a doctrine of strict liability, whereby all that is required is the doing of the forbidden act itself—the *actus reus*? In other words, how strict do we want our criminal law to be?

II

Strict Liability and Present Law

Should a person who breaks the law, then, be guilty whether or not he realizes he is breaking the law? Or should he only be guilty if he breaks it knowingly?

This far the law never went: it never reserved punishment solely for those who know they are breaking the law. Ignorance of law, says authority, is no excuse. It's no defence for a burglar to say he didn't know that burglary was against the law or for a possessor of stolen goods to say he didn't know the law prohibited such possession. For everyone is presumed to know the law; mistake of law is no defence.

Mistake of fact is. A person who buys stolen goods without realizing they are stolen has a good defence to a charge of possession. Legal tradition says that no one is guilty simply because he does the criminal act: he has to have the criminal knowledge or intention too. In principle, then, mistake of fact is a good defence.

Not necessarily, though, in practice. In practice many offences, especially regulatory offences, rule out defences based on mistake of fact. Of such offences one can be guilty without intention or knowledge or even carelessness. A trader who so packages food as to create an erroneous impression about its contents contravenes s.5 of the *Food and Drugs Act* and commits an offence even though the packaging is done in all good faith and with no lack of care. In such offences liability is strict.

But is it fair? Is it fair to convict people who are in no way to blame? Or is it inevitable? So complex and interdependent is modern life, and so important is it to maintain high standards of safety, hygiene and so on, that strict liability, it is often argued, is essential. Without it, runs the argument, the laws promoting these high standards couldn't be enforced. For the only people who know, and could ever know, whether the defendants were at fault or not are the defendants themselves, since only they know what goes on at their places of business. Take strict liability away and we could no longer enforce our public welfare criminal law. Justice, on this view, bows to expediency.

But how vast a problem is this in Canada today? How many strict liability offences and how many prosecutions for them are there? Our findings are as follows. First, federal laws contain about 20,000 regulatory offences and the laws of the average province about another 20,000, and of the combined total ninety per cent (90%) are offences of strict liability. Second, each year there are roughly 1,400,000 convictions* for strict liability offences and roughly 850,000 persons are convicted of them—a conviction a year for one in twenty-five of the population. The problem, quantitatively speaking, is enormous.

But is it real? In other words does strict liability exist in practice as well as on paper? To answer this we investigated three areas of law —misleading advertising law, weights and measures law, and food and drugs law—and we found that those areas are so administered that prosecutions are hardly ever launched against people who are not at fault. Extrapolate this finding across the board and apply it to all strict liability offences, and the potential injustice of strict liability would be no problem, practically speaking.

It is still a legal problem, though. For if the law says guilt doesn't depend on fault and practice says it does, we have a divergence between practice and law. This at best produces confusion, at worst hypocrisy. We suggest it is never advisable to tolerate too large a discrepancy between what the law really is in practice and what on paper it purports to be.

But what, after all, does the law on strict liability purport to be? Our investigations show that on this the law is utterly unclear. We never know, and never can know, till a court informs us, whether the average regulatory offence is one of strict liability or not. Nor can we with any confidence predict what courts will say. Take the leading case on the topic: *R.* v. *Pierce Fisheries Ltd.* The defendants were charged with possession of lobsters below the size permitted by the Fisheries Regulations: in their shipment of 50,000 lbs. of lobsters they had twenty-six below the regulation size. Did the prosecution have to show they *knew or should have known* the twenty-six were there? The trial court thought they did. So did the Nova Scotia Court of Appeal. But not the Supreme Court of Canada, to which the prosecution appealed. The offence, said the Supreme Court, was one of strict liability. Yet how could anyone have told?

---

*The calculations, as explained in Study Paper I, "The Size of the Problem", assume that 90% of summary convictions for offences under federal statutes (other than the Criminal Code), federal regulations, provincial statutes and provincial regulations are convictions for offences of strict liability. In fact nearly 80% of the convictions are for traffic offences. In this area of law, however, the proportion of strict liability offences is about 98%. Accordingly, our estimate of 1,400,000 convictions for strict liability offences is, if anything, conservative.

All we can tell is that ninety per cent of our regulatory offences *could* be offences of strict liability. The sections and regulations creating them are so drafted as to give no indication whether or not *mens rea* is required. Prior to judicial pronouncement we can only wait and see.

Can this be satisfactory? Satisfactory for a prosecutor who has to enforce the law and decide whether to launch a prosecution? Satisfactory for a defendent wondering if he has a good defence factory for the general public affected by these regulations?

On this we have no doubts. The citizen has a right to know the law, and if any part of the law should be clear and certain, the criminal law should. Since criminal law is the law that authorizes state intervention against the individual, liberty demands that the basis and the bounds of that intervention be clearly spelled out, so that we may know exactly what is forbidden and precisely when the state may intervene. Where mystery begins, observed Burke, justice ends. Mystery in the criminal law then is indefensible. So we conclude

(1) **that whether or not strict liability should have any place in the criminal law, the law must be clarified so as to make it plain whether any given offence is one of strict liability.**

III

Should Strict Liability Remain?

How far, though, should strict liability remain? As a preliminary we stress again three points made earlier. First, our discussion is strictly confined to federal law, and our recommendations, therefore, relate only to this law. We trust, however, that our discussion will be of use to those concerned with provincial and municipal law. Second, this Paper confines its inquiry to the question of personal guilt. Third, as we have said, we do not exclude the question of vicarious liability, which, we contend, should be based on personal fault.

How far, then, should personal criminal liability depend on personal fault? The plan of our inquiry is to raise the following questions step by step: (1) Should liability depend on fault in real crimes, where criminal law appears primarily to seek to bring wrongdoers to justice? (2) Should criminal law here retain the aim of bringing wrongdoers to justice or should it adopt a different aim? (3) Should liability depend on personal fault in regulatory offences, where the law seems primarily to seek to deter? (4) Would it be practicable to abolish strict liability in regulatory offences? (5) If so, what alternatives are there? (6) What is the criminal law we ought to have?

IV

Strict Liability, Real Crimes and Bringing Wrongdoers to Justice

If criminal law has to do with bringing wrongdoers to justice—whether to denounce vice and uphold virtue, or to enable society to focus its attention dramatically on those things that most trouble it—then quite clearly strict liability has no place. Bringing wrongdoers to justice means condemning people, holding them up in disgrace and stigmatizing them as meriting punishment, and punishment that may take a particularly shameful form: imprisonment. Here strict liability would be both illogical and unjust.

Illogical, because it makes the criminal justice system contradict itself and tell a lie about itself. If the law purports to condemn persons as being in the wrong and deserving punishment, it is illogical for it at the same time to condemn and punish persons known to be not in the wrong and not deserving of punishment. To proclaim that a man deserves punishment without deserving it is a self-contradiction. This sort of "innocent" guilt is quite absurd, and strict liability here is quite irrational.

As well, it is unjust, and on two counts. First, one part of the meaning of justice is that every man should be given his due. To the man who doesn't deserve punishment, however, punishment is never due. Justice limits punishment to those to whom it is due—those who are at fault and are to blame not only because of the act they did but also because of their intention, knowledge, recklessness or negligence. Punishment is never due to those who make mere reasonable and unavoidable mistakes. To err is human and no one can be expected to be free from error. To require a man to be free from simple human error is to ask more than is due from him, and to punish him for such failure is to impose on him more than is due to him. On this count strict liability is quite unjust.

It is also unjust, though, on a second count. For another part of the meaning of justice is that like cases should be treated alike and different cases differently. This principle restricts taxation, conscription and other burdens to those best fitted to bear them, and allows benefits like the franchise to be restricted to those old enough to have some

understanding of political issues. In other words, justice discriminates on grounds that warrant discrimination.

But the difference between a person a fault and a person not at fault is just such a ground as warrants discrimination. A man who does a prohibited act intentionally and one who does it unawares are different and should, in justice, be treated differently. Strict liability treats both alike. And this is never just.

Our conclusion, therefore, is that strict liability has no place in this context and that *mens rea* has to be retained. We recommend

(2) **that real crimes must always require mens rea, that guilt must always depend on personal responsibility, and that strict liability here should have no place.**

V

A Different Sort of Law of Real Crimes

But why keep the law as it is? Why not abandon the "theological" approach of guilt and punishment? Why not adopt instead a more scientific approach based on danger, harmfulness and treatment? Why not give up our criminal law, geared as it is to personal responsibility, and replace it by a law of anti-social behaviour, a sort of social hygiene system of preventive law analogous to preventive medicine? Using this approach, the law could authorize, indeed prescribe, treatment for those considered likely to engage in anti-social conduct and cause harm to others. Such treatment would neither depend on a finding of guilt nor form a response to the commission of a crime: it would be given in answer to a diagnosis of anti-social tendency, of which a criminal act would be just one symptom. The new approach then would look to the future, not to the past.

A new approach, then, but a drastic change and one we do not recommend. But though the suggestion of such an approach sparked off one of the most important and illuminating debates in criminal jurisprudence, here we can but summarize our own conclusions formed in the light of that debate.

First, with such an approach, strict liability would raise no question of irrationality or injustice. No one would any longer be convicted, stigmatized or punished: no question of punishing the innocent would arise. Indeed there could even be a marginal gain in terms of justice from one standpoint—the standpoint of the victim of the harmful act. For the harm to the victim remains the same whatever the "offender's" state of mind: a man run over on purpose and a man run over by accident suffer equal pain, and the approach of concentrating on the harm itself and the need to prevent it would authorize intervention in either case against the car driver for diagnosis, prognosis and preventive treatment. A further gain, though not in terms of justice but of expendiency, would be the lack of need to prove *means rea,* potentially one of the heaviest burdens in a criminal trial. Another would be an increased ability to deal with potential harm: a man bent on killing is at least as dangerous as a man who has already killed—why wait till he kills before we apprehend him? It's sometimes said that in

the common law of tort a dog is entitled to his first bite. But surely none will say that a murderer is entitled to his first corpse.

So a new approach would have advantages—efficiency and expeditiousness. But these we would purchase at a cost. First, think of the burden of change. Not to be underrated in the least is the effort involved in adopting, and adapting to, a whole new set of attitudes to anti-social behaviour. Not to be underrated either is the risk that older attitudes might persist and give us the worst of both worlds; we might end up trying to treat but managing only to punish—with a system of double-think, of double-talk, of "trick *and* treat".

More important still would be the loss of liberty involved. The older approach gives us a choice: break the law and pay the price, or keep the law and have the law keep clear of us. And it is the doctrine of *mens rea* that gives this choice. For what that doctrine says is that we don't qualify as law-breakers without some intention, knowledge, recklessness or negligence: provided we don't knowingly do the act the law forbids, the law will stay away from us. This means we can predict the interventions of the law in our affairs and can plan them so as to avoid those interventions. After all, knowingly doing what the law forbids is something we do have a choice about and can avoid.

Without a doctrine of *mens rea*, however, the law could intervene whenever we did the act proscribed, whether we did it knowingly or unawares. Yet doing something unawares is not something we can choose to do; it is simply something that occurs—perhaps through mistake. Mistakes, though, aren't things we choose to make but things that happen to us. Dropping the requirements of *mens rea*, then, would widen the ambit of the criminal law, extend the scope of its interventions, and restrict the citizen's liberty. No longer could he predict that if he orders his affairs in a certain way the law will leave him alone; no longer could he so order them as to ensure he is left alone; no longer could he be so free.

But would this loss of freedom buy increased protection against harm? Perhaps. Surely, though, protection from harm is not an end in itself but simply a means to an end; it's a means to the end of establishing a framework in which the individual can be free to live and fulfil himself in his own fashion, provided he doesn't infringe the equal rights of other individuals to do the same. To establish such a framework at the expense of that very freedom the framework is designed to promote is pointless.

Still more objectionable is the underlying attitude of the new approach—its attitude towards persons and the way to treat them. How

different from that of the older theological approach! That approach at least pays the accused the compliment of regarding him as a person with a person's rights and duties, responsibilities and obligations. And it pays him the compliment of trying to get him to mend his ways and live up to his obligations by reasoning, persuasion and even threats, but never pure compulsion. Its method is to announce by law what is forbidden, to lay down penalties for doing it and to give each man his choice. Then if anyone deliberately breaks the law, his trial and punishment stress that the law means business.

Contrast the new scientific approach. This would treat the offender not as someone responsible for his actions and someone to be reasoned with, but rather as a wrongdoer needing to be turned somehow into a rightdoer—a computer needing a different program. Yet in the context of the criminal law would this be any more tolerable or appropriate than it would be in religious contexts to effect conversions by hypnosis, drugs, injections, surgery or some mechanical means? This way of changing people's behaviour is a way that would involve treating people as less than persons—a price society is loath to pay.

Not that we rule out a limited pursuit of the simple aim of harm prevention. We don't rule out confinement of those no longer amenable to reason and argument—the mentally disordered, for whom punishment is beside the point. Nor do we exclude the use of *in rem* proceedings in the regulatory sector of the criminal law. For here the noxious object, e.g. the contaminated food, is equally dangerous to health whether the vendor is to blame or not. Here measures to suppress the harm, e.g. by seizing the product itself, can't be complained of as unjust: the vendor can't in justice demand that his contaminated food be left on the shelves to poison potential customers just because it's not his fault that the goods are unsafe for consumption! On the contrary, to the extent that we feel it is unfair—in the way that life itself is unfair, when A's food becomes unfit but not B's, when A's livestock catch foot and mouth disease but not B's—to this extent we could devise ways of shifting the cost or burden of the loss from A to the rest of society, e.g. by insurance, by schemes of public compensation and so forth.

This, however, doesn't justify the suggestion that we drop *mens rea* altogether and adopt a "social hygiene" approach. That approach, as we have said, we do rule out. The effort involved in its adoption, the loss of liberty entailed and the inhuman attitude it rests upon combine to make the costs outweight the benefits. We therefore recommend

(3) **that the law of real crimes continue to be based on and require mens rea.**

VI

Strict Liability, Deterrence and the Regulatory Offence

But what about the minor criminal law—the law of the regulatory offence? Should these offences require *mens rea* too? For while most people, we imagine, would agree that the law should be clarified and that real crimes should require *mens rea,* fewer might agree that it should be required in regulatory offences too, where mere deterrence and simple law enforcement are the aim. This, then, is the heart of the problem about strict liability: how far is strict liability in this context objectionable on grounds of inhumanity or loss of freedom or injustice?

(a) *Regulatory Offences, Strict Liability and Inhumanity*

Does strict liability in regulatory offences involve treating persons as things? In one sense, no: that is to say, not in the way that wholesale abandonment of *mens rea* in real crimes would do. For that, we say, would entail denying personal responsibility altogether. With strict liability in regulatory offences, though, personal responsibility is not wholly denied. Indeed, so long as *mens rea* remains the underlying doctrine of the criminal law, far from denying the offender's responsibility, it pays him too great a compliment: it not only treats him as a responsible person, it holds him responsible when he really isn't—in fact it treats him as *more* responsible than he really is.

Besides, since punishment is almost invariably a fine—the very paradigm of deterrence and of making crime "an ill bargain" to the offender—the law pays him the further compliment of regarding him as a deterrable, and so responsible, person; it looks on him not as an object to be cured but as a person to be deterred. The argument from "inhumanity", then, so crucial in the major criminal law, has here no force.

(b) *Regulatory Offences, Strict Liability and Liberty*

But what about objections on the ground of liberty? Can these be raised? They can, of course, because a law that imposes penalties but dispenses with *mens rea* makes individuals act at their peril. Sell food, for example, and you risk paying a penalty for its adulteration

even in the case where you couldn't reasonably have known the food had anything wrong with it. This, as we saw above, is simply to reduce the extent to which individuals can predict and avoid the intervention of the criminal law.

All the same, objections on the ground of liberty have less force here than in the context of real crimes. For one thing, offences in the regulatory sector are mostly less serious than real crimes. For another, the penalties are lighter: imprisonment is rare in practice and small fines are the general rule. In consequence, though strict liability in the regulatory sector does lessen liberty and make individuals act at their peril, the peril is not so very great; and though individuals are less able to predict and control the interventions of the law, those interventions aren't so oppressive as are prosecutions and punishment for real crimes.

So while strict liability involves a loss of liberty, the gain in terms of prevention of harm, promotion of high standards of care and protection of the public welfare may well outweigh this loss.

(c) *Regulatory Offences, Strict Liability and Justice*

But what about the loss in terms of justice? Is strict liability in regulatory offences irrational or unjust? Irrational it is sometimes claim to be, in that it involves trying to deter what cannot always be deterred. Reasonably unavoidable ignorance and mistake, which is all the faultless offender is "guilty" of, *ex hypothesi* can't be avoided or deterred.

The argument, though, is unconvincing. Deterrence looks beyond the offender in court; it looks to all the potential offenders outside; and while no one can be deterred from making unavoidable mistakes a penalty imposed on those who make them can strengthen the whole system of deterrence, close possible loopholes through which defendants might escape, and encourage everyone to take the utmost care. If even blameless offenders don't get off, all the more reason for everyone else to take more care. Strict liability can serve a utilitarian purpose: it's not at all irrational.

But is it unjust? In one sense maybe not; at least not in the way it would be unjust in real crimes where bringing wrongdoers to justice is the aim. For there strict liability would expose a man to condemnation, stigma, shame and punishment which, by reason of his lack of fault, are not his due. In regulatory offences, however, condemnation, stigma, shame and punishment (in the full sense of a penalty deserved by the accused) are out of court. The penalty is not so much a punishment as a disincentive, so we can't object that defendants are re-

ceiving blame or punishment beyond their due. In theory then, no question should arise of imposing unfair or unjust burdens.

Unfortunately, it does in practice. Law, like life, is rarely so clear-cut as theorists like to think. For one thing, conviction for regulatory offences may carry a stigma. For another, penalties may be looked upon as more than simple disincentives; they may be thought of as deserved. What is more, the possible penalty allowed by law is frequently imprisonment. According to our estimates it is a legal possibility in over 70% of strict liability offences. So, not surprisingly, the social consequences of conviction and punishment for such offences can be quite severe, including loss of job and loss of reputation. Injustice, then, kept out in theory, can in reality creep back in.

But it was always there. For even without imprisonment the penalties for regulatory offences can be harsh enough. Loss of licence, with resulting loss of livelihood, can sometimes be far more severe than imprisonment itself. So, for example, a man convicted without fault of a strict liability driving offence can lose his licence and his job. And what is this, if not unjust?

Quite apart from this, strict liability in the law of regulatory offences is unjust in the second sense considered earlier. For, even with the aim of mere deterrence, it still offends against the principle that like persons should be treated alike and different ones differently. To treat alike one who is at fault and one who is not at fault is to disregard an important distinction: the two are not in the same category, nor should the law act as if they were. In doing so, it is unjust.

Not all that unjust, though, it is sometimes said. Justice is relative, and the slighter the penalties, the less the injustice of strict liability: convicting a man who is not to blame of illegal parking is far less unjust than convicting a man who is not to blame of murder. But does this mean the first conviction is not unjust at all? Or does it mean we need make no inquiry at all into the question whether the illegal parker was to blame? Appropriate as dime-store justice may be for minor offences, still dime-store justice isn't the same thing as no justice at all. Besides, we should remember it is the justice most people come in contact with—it is where the criminal process is most visible. Dime-store justice rules out "state" trials about fault and *mens rea* in such trivial cases; it doesn't rule out any trial whatsoever. But strict liability does; and this is why, for all the talk about the relativity of justice, strict liability results in no justice at all.

But surely, some will say, strict liability produces a rough-and-ready justice. After all, there is a great deal of hit-and-miss and a great deal of luck in the criminal law, and the few times you are

convicted but not at fault make up for the many times you are at fault but not found out. This too, though, is unconvincing. To say one injustice cancels out another looks suspiciously like saying two wrongs make a right. Besides, can we be sure the person convicted without fault isn't making up, not for all the times when *he* is at fault but undetected, but for all the times when *others* are? Justice as rough and ready as this is not justice at all—it is far too random and too arbitrary.

But randomness, it is argued, is the very justification for strict liability in regulatory offences. Businessmen, motorists, traders and so on must take safety precautions, and law enforcers must make sure they take them. So fines imposed on those convicted of regulatory offences are part of the cost of regulating the activity—a cost which is randomly imposed. But this won't wash. For one thing it isn't really randomly imposed: if randomness is what we really want, statisticians could produce a better random sample than does the mere hit and miss of the law enforcer. For another, if the cost is generated by all, justice demands that the cost be shared by all. Random imposition of the cost is only justifiable if there is no other way of apportioning it, and if the total population from which the sample of cost-bearers is taken agrees with the method of selection. Since neither condition is fulfilled, the argument based on randomness won't do. Random punishment can't be really just.

But punishment, it may be said, isn't what the law of regulatory offences is after. The penalty for committing such an offence is not really a punishment at all, it's part of an educative process. It's like the slap a parent gives a toddler to teach him not to play with fire. The parent doesn't stop to find out if the child is in the wrong or not, he simply acts immediately to teach a necessary lesson. Likewise, the purpose of the law of regulatory offences is to educate—to inculcate a respect for care and safety. This is what penalizing those who are not at fault can help to do. Seen in this light, then, is strict liability really so unjust?

Yes, surely, if there is a better and a juster way to teach. Slapping a toddler is justified if that is the only or best way to teach him not to play with fire. But there are different ways of teaching; and the older and more sensible the pupil, the less appropriate the slap on the wrist. Bentham once complained that the way our judges used to make the law by creating new rules when cases came before them was like the way a man might teach his dog—waiting till the dog did something the man didn't want and then hitting him. Rational adults, he contended—and he was surely right—deserved better: they could, and should, be told the rules beforehand and only punished for breaking them after-

wards when they know the rules and have a chance of keeping them. This chance of keeping them, however, is just what strict liability excludes, for it results in penalizing those who may have had no opportunity to conform their actions to the requirements of the law. Yet is there no better alternative method of instruction? Since this is never proved, the argument from education hardly holds.

Even so, it may be said, laws creating regulatory offences serve to promote high standards of care and to encourage traders and others to avoid mistakes and errors. And this is necessary because mistakes and errors, however innocent, can cause harm to others. For such harm, surely, the person who ought to be held responsible is the person who has caused it, the person who has made the mistake. So how can strict liability be all that unjust?

Look, for example, at the civil law. Our law of tort, which deals with compensation for injuries, has long accepted strict liability and no one sems to regard it as unjust. For instance, a person who keeps a wild and dangerous animal is liable if it escapes and causes injury, even though it was not his fault that it escaped. In such a case the law quite reasonably takes the view that where one of two innocent people has to suffer, the one to suffer is the one who, however innocently, caused the harm. He after all is the one who had the choice: he need not have brought the dangerous object on his land and exposed others to the risk—no one has to keep a dangerous animal. So strict liability can be just.

But this is quite different from the criminal law. For civil law is concerned to shift the loss, in money terms at least, from the innocent victim on to the man who brought about the dangerous situation—from the plaintiff to the defendant. The latter can of course insure against the loss, make it a cost of the enterprise and pass it on to his customers —the public. So ultimately the loss, instead of being borne wholly by one unfortunate victim, is spread among us all.

The criminal law, by contrast, is concerned not with shifting the loss, but with punishing and deterring. The fine doesn't go to compensate victims or potential victims: it's imposed in order to deter. Besides, insofar as the fine is treated as a cost of the business and passed on to the public, this could mean the public foots the bill for a fine to be paid to the public—to say the least, an odd result! So strict liability in criminal law can't be justified on the same grounds as it can in civil law.

In fact, what strict liability in criminal law provides is that anyone entering on an activity likely to result in harm to others will pursue that activity at his peril. Again, this makes good sense in civil law.

Keep a zoo, manufacture fireworks and so forth and you know that people may get injured as a result. Therefore, it is only right that you should have to compensate them if they do: this is a fair risk of the trade.

Does this same principle make sense in criminal law? To do so it would have to ensure that we stand to gain thereby. One gain could be to ensure that those who cause harm to others, even innocently, should compensate those others—but this is taken care of by the civil law. Another gain would be to discourage the activity in question without going so far as to prohibit it. We see this elsewhere in the law—for evample in the law relating to intoxication; the law doesn't prohibit drinking alcohol altogether—we have learned something from the history of the *Volstead Act*—but by refusing almost entirely to countenance drunkenness as a defence to a criminal charge it shows that he who drinks, drinks at his peril. But some activities aren't like this: take selling and distributing food—an activity absolutely essential to society. If strict liability forces us to pursue essential or socially useful activities at our peril, it in fact discourages them. Far from being useful, it has indeed a negative value.

For all these reasons, therefore, we conclude that strict liability in the law of regulatory offences is unjust. We, therefore, recommend

(4) **that regulatory offences should require some kind of fault, that guilt for such offences should depend on personal responsibility and that strict liability here should have no place in principle.**

VII

Strict Liability in Practice and the Regulatory Offence

But this of course is only principle. What about strict liability in practice? Can strict liability in fact be dropped?

(a) *Unjust in Practice?*

Does it need to be dropped? For however much in principle it is unjust to punish people who are not to blame, in practice does this ever really happen? As pointed out above, the evidence suggests quite otherwise: the evidence suggests that in the areas we investigated regulatory law is so administered that by and large the only people prosecuted are those who are at fault. Reasonable mistake, in practice, may well be a defence; for an offender who has simply made a reasonable mistake, it seems, escapes being charged.

But this is only natural. What law enforcer ever has enough resources to prosecute each and every offence he gets to know about? Inevitably he has to use discretion—he must select. And understandably enough the offences he selects and prosecutes are those he thinks most serious. One thing making an offence a serious one is the fact that the offender was at fault. So lack of fault may well mean lack of prosecution.

If this is so, then where is the injustice? It exists surely only in form and not in substance. So why not leave the law of strict liability exactly as it is? Why worry about injustice that may be only theoretical?

One answer is the one we gave above. Gaps between law in the books and law in practice are undesirable. If law says guilt does not depend on fault and practice says it does, we have at best confusion and at worst hypocrisy. Far better surely that the law should do what it says and say what it does. Myth and reality must not draw too far apart.

Another answer, though, and one with more force is this: in practice lack of fault due to reasonable mistake is only a defence if the law enforcer actually believes the offender made a reasonable mis-

take. So lack of fault does not mean lack of prosecution. Only belief in lack of fault could mean this. Meanwhile, how many convictions may there be as unjust in practice as in principle because of administrative refusal to accept the offenders' honest pleas of reasonable mistake?

Yet couldn't these offenders claim the right to say, "Let's see if our plea is accepted by a court"? For otherwise the prosecutor, not the court, becomes in this respect the judge of guilt. The prosecutor then becomes in this respect a judge in his own cause. Yet this is just what common law condemns; for principles of "natural justice" long ago worked out by common law lay down precisely that no one should be judge in his own cause.

In practice, then, as well as principle our regulatory law may be unjust. It also may be dangerous. For making the prosecutor judge in his own cause puts the citizen at his mercy; it puts him entirely in the hands of the law enforcer, of the administrator. In consequence we have a government of men and not of laws. Administrative discretion by itself, however fairly exercised, is no substitute for what we need—that mixture of law and discretion we know as justice.

Practice, then, fails to alleviate the injustice of strict liability in regulatory offences. Instead it generates other hazards—the possibility of petty tyranny and administrative oppression. So strict liability, we conclude, remains unjust and must be dropped if possible.

(b) *Justifiable in Practice?*

But is it possible? If so, is it even desirable? To say that strict liability is unjust is not to say it is unjustifiable; to say it is objectionable is not to say it has necessarily to be removed. For after all is justice all that is at stake, or do efficiency and expedition matter too?

This is a debate where both sides have some merit. On one side strict liability is said to be unjust and we have seen the truth in this. On the other side it is said to be not really so unjust because we can't afford in trials for regulatory offences the luxuries we allow the accused in trials for real crimes. The trouble is, both sides are right.

For one thing, justice isn't the sole consideration. In criminal law, justice is never sought to the complete exclusion of efficiency. Conversely, efficiency never absolutely precludes considerations of what is fair and just. In fact, from the most serious real crimes down to the most minor offences, fairness and efficiency are weighed against each other and different balances are struck. In serious crimes like murder, rape and theft, fairness far outweighs efficiency: here our paramount concern is to avoid convicting the accused unjustly—a concern reflected

in the placing of the burden of proof squarely on the prosecution, and the requirement of *mens rea* conviction. In minor offences like illegal parking efficiency outweighs fairness: our main concern is to get courts through their workload with dispatch—a concern reflected in the use of streamlined procedure, the placing of the burden of proof quite often on the defence, and the lack of any requirement of personal responsibility for conviction.

But this is not to say that in trials for real crimes efficiency has no role, or that in trials for regulatory offences fairness is out of court. On the contrary, each plays a role in limiting the other.

In serious crimes the needs of efficiency limit the lengths we can go to in fairness to the accused. Juries, for instance, consist of twelve jurymen—in certain provinces, of six. Yet why not more? Surely, the larger the jury, the less the chance of convicting an innocent defendant? True perhaps, but then what about the increased delay, the extra cost of trials, the greater burden jury-service would impose on the citizen?

By contrast, in our regulatory law efficiency is in the driver's seat with justice at the brakes—procedure is far more summary than it is for real crimes. It's not completely arbitrary, though: at least commission of the wrongful act— the *actus reus*—must be proved; and liability, though strict, is less than absolute, since defences other than mistake of fact still probably obtain.

So throughout the criminal law there is a trade-off between efficiency and justice. In any case, justice is not simply justice to the accused; there are in fact two sides in every trial and justice says that the rights of the accused must be balanced against those of the community. Justice to the accused demands care not to convict the innocent, justice to the community demands also care not to let the guilty go scot-free.

(c) *Essential in Practice?*

So this is why, the law-enforcer says, strict liability in regulatory offences has to stay: without it he could not enforce the laws. For in such cases only the defendant ever knows what really happened, only he is aware of what went on at the defendant's place of business. Insist that prosecutors prove *mens rea* or some lesser kind of fault and we would never get convictions: the guilty would escape.

Yet, is there any evidence for this? Is there any evidence that if prosecutors had to prove some kind of guilt, or at least if absence of fault could count as a defence, that law enforcement would become impossible? Administrators in departments clearly think so, but positive proof of it is never given. On the contrary, some counter-evidence

exists: increasingly, since 1968 federal statutes in the regulatory sector have tended to include defences of due diligence and reasonable care, without producing any great anxiety among the law-enforcers. Yet no one has been heard to claim that these new statutes are unenforceable. Strict liability in regulatory offences, in short, has not been proved to be essential.

(d) *Justice v. Expediency*

If not essential, though, doesn't it still have value? It shortens trials, and makes enforcement easier. What is more, it lets the question of fault be dealt with more informally, either by the law enforcer when deciding whether to prosecute or by the court when deciding what sentence to impose.

Against these gains, however, we must weight the cost. First is the cost of the injustice involved in convicting those who are not at fault. In addition there may be other undesirable consequences. One is that criminal liability without fault could well dilute the criminal law and lead to cynical disrespect for criminal law as a whole. Hold a person guilty of a regulatory offence when he is not at fault and we may make him feel that being convicted of a real crime when he is at fault has little moral significance.

Another undesirable consequence which strict liability may have is that of making life too easy, not only for the law enforcer, but for the offender too. The law enforcer gets a conviction without really having to inquire whether the defendant's business practices fell below acceptable standards of care and honesty. The offender pleads guilty, saves face on the ground that he wasn't really at fault, and yet avoids having the spotlight of the court investigation focused on his practices. For all that the conviction rate looks good, how far are care and safety being in fact promoted?

By contrast, a system of prosecuting regulatory offences without relying on strict liability would force the attention of the court on the very matter with which the law is concerned—the extent to which the defendant's practice fell below required standards. Instead of allowing this to be swept under the rug, a system without strict liability would allow the trial to bring it out where it belongs—into the open. For after all, standards of care are public property; a matter of public concern—not least because improved technology and the wisdom of hindsight constantly serve to raise them. As such, they need to be probed, assessed and explored, not in the backrooms of the administrators, but in open court. This is precisely what strict liability prevents.

VIII

Alternatives to Strict Liability in Regulatory Offences

What alternatives are there to the present law? How can we avoid buying efficiency at the cost of injustice?

(a) *Violations*

One way is by keeping the efficiency and "abolishing" the injustice—by re-classifying regulatory offences as mere "violations". This has indeed some value: it manifests that here there is no question of blame, of stigma or of trying to bring wrongdoers to justice. Otherwise, however, it serves little purpose. For the injustice of penalizing those who are not at fault is not reduced by calling the offences violations: injustice by any other name will smell as bad. In truth, this solution—which is that of the American Model Penal Code—is not entirely satisfactory: the new bottles still contain the same old wine.

(b) *An Administrative Solution*

Then why not deal with these offences by an administrative process? Yet isn't this suggestion also too simplistic? For the outcome of an administrative inquiry would still presumably involve some hardship to the "offender"—closure or suspension of his business, revocation of his licence, or else some pecuniary levy. In short, the outcome would be a kind of penalty. Transferring regulatory offences, then, from criminal to administrative law by no means solves the problem of avoiding the injustice of penalizing those who are not at fault. It simply displaces it.

Not that we think the administrative solution has no merit. Indeed we think it has, and for that reason we have urged that law enforcers should pay more attention to *in rem* proceedings. But even in these proceedings justice still demands that he who stands to lose as a result should be able to contest the facts alleged as justifying an administrative order. Meanwhile, suppose that the order is meent, not just as a means of suppressing harm, but as a means of discouraging disobedience to the law. In that case, we would emphasize, if liability is strict, it is objectionable: it still involves penalizing those who are not at fault and not to blame.

(c) *Mens Rea*

An even less appealing alternative would be to import into the law of regulatory offences the full traditional doctrine of *mens rea*—to say that no one shall be guilty of a regulatory offence unless the prosecution proves intent or recklessness. There the traditional objections of the law enforcer have much force. How could the law enforcer ever prove *mens rea*? How, for example, could he ever prove that an advertiser deliberately meant to deceive the public? How could he prove that a merchant deliberately or recklessly sold food unfit for consumption? How could he prove it wasn't just a mistake? Import the full requirement of *mens rea* and it's difficult to see how law enforcers could ever enforce the law.

But worse than this: import a full requirement of *mens rea* and we entirely alter the nature of the regulatory offence. For, as we pointed out above, regulatory offences are those which, typically, are committed as much through carelessness as by design. Put it another way, the objective of the law of regulatory offences isn't to prohibit isolated acts of wickedness like murder, rape and robbery: it is to promote higher standards of care in business, trade and industry, higher standards of honesty in commerce and advertising, higher standards of respect for the need to preserve our environment and husband its resources. In other words, the regulatory offence is basically and typically an offence of negligence.

(d) *The Nature of the Regulatory Offence*

In essence, then, the "mischief" regulatory laws aim to prevent is not the sporadic commission of isolated acts. It is their negligent repetition. For example, the problem about selling short-weight is not that of the honest merchant who by accident or mistake makes one isolated short weight sale. It is that of the merchant whose repeated short weight sales show either an intention to defraud his customers or a lack of reasonable care to see his customers get full value for their money. And law enforcement practice in this area of our law clearly recognizes the distinction. For that practice, as our researches in this area showed, incorporates a warning system, which works as follows: if inspection reveals a short weight sale, the administrator doesn't prosecute but issues a warning and makes a later check, but if that later check reveals further short weight sales, the administrator then concludes that the trader still hasn't mended his ways and starts a prosecution. These law enforcers, as it was explained to us, are interested not so much in isolated acts as in what they term "the bad actors" whose continued conduct shows a failure to maintain the standard which the law requires.

Not every regulatory offence, however, is quite so clearly a continuing one. Take misleading advertising, for example. Suppose a large department store advertises furniture and the advertisement is misleading, the store is warned about it, but shortly afterwards it advertises children's clothes and again the advertisement misleads: how far could we really say the first discrepancy shows that the second one is deliberate or negligent? The same is true of motoring and other offences in the provincial sector: the fact that a driver failed to obey a stop sign yesterday doesn't prove that if he does the same again today, his act today is the result of negligence. What this means, then, is that the warning system, which works so well in Weights and Measures and in Food and Drugs, has far less application in some other fields.

(e) *Negligence*

This doesn't mean that the offences in these other fields are not offences of negligence. On the contrary, the advertisers we're concerned about are precisely those who, if not fraudulent, mislead customers through sloppy advertising practices. The motorists we're concerned about are precisely those who, if not deliberate dangerous drivers, drive so carelessly as to be a menace on the road. So our suggestion is a third alternative: **let us recognize the regulatory offence for what it is—an offence of negligence— and frame the law to ensure that guilt depends upon lack of reasonable care.**

After all, there are many ways, quite apart from warning systems, of distinguishing careless conduct from unavoidable accidents and reasonable mistakes. We do so frequently outside the criminal law. We do so in our ordinary life; we also do so in the civil courts whenever we determine whether or not a defendant is liable for negligence. Why can't we do it in the criminal law, and in the law of regulatory offences?

One reason, often suggested, has to do with burden of proof. It would be far too onerous, it is said, to make the prosecutor prove the defendant's negligence beyond a reasonable doubt. But this is a burden of proof appropriate to real crimes. Regulatory offences are different. These are offences which the law creates in order to promote standards of care—standards liable to rise as knowledge, skill, experience and technology advance. Such standards need to be explored, examined and assessed in open court. For this, we have to know exactly what the defendant did and how and why he did it. We argue therefore that in regulatory law, to make defendant disprove negligence—in other words, prove due diligence—would be both justifiable and desirable. Justifiable, since penalties are lighter and stigma less. Desirable, since it best achieves the aims of regulatory law.

Another reason which we have heard suggested is that even with this—putting the burden of exculpation on the defence—a "due diligence" defence still makes it too easy for some defendants. Where large corporations are on trial, it could be all too easy to confuse the court with detail, and even in some cases, through abuse of economic power, to bring pressure on their suppliers to help them rig defences. To this we would make three replies. First, we stress again that in this Working Paper we are concerned with personal fault and not with corporations. Second, we would point out that there is a need to explore the possibility of extending the use of "third-party" provisions for cases where the defendant says he is not at fault because someone else, e.g. his supplier, was to blame. In such cases we could have the sort of provision to be found in s.17 of the *Proprietary or Patent Medicine Act* R.S.C. 1970, P-25 or s. 29 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, F-27. This provides that where such a defence is raised, the name and identity of the third party alleged to be at fault must be given to the prosecution ten days before the trial; and this allows the law enforcer to proceed against the party claimed to be at fault.

A third thing we would stress is that there still remains the need of harm prevention. The law must still provide the law enforcer with remedies to suppress potential dangers. In fact we would advise the law enforcers in these different fields of regulatory law that when they are reviewing their regulations they should try to make generous provision for *in rem* proceedings to supplement the ordinary criminal proceedings.

In essence, then, our proposed solution is to abolish strict liability in regulatory offences by incorporating a due diligence defence. This, in law, turns the offences into what they are in fact: offences of negligence.

Not that there is anything novel about this solution. It is the approach advocated by almost all writers on the subject.* It is an approach, as we have seen, increasingly adopted in our statutes. And it is an approach that seems to work. So, we feel justified in concluding that by basing liability on negligence we lose little in terms of efficiency of law enforcement. On the other hand we gain a lot in terms of justice.

But do we? Is negligence any less unjust? And should it have a place in criminal law? Throughout the years, of course, a great doctrinal dispute has raged between those who argue that the traditional

---

*Including the English Law Commission, whose approach, however, is very different from ours.

concept of *mens rea* doesn't cover negligence and those who argue that it does. This dispute we do not touch upon. Our queston rather is whether negligence *should be* a ground for criminal liability.

The problem is this. Traditionally criminal liability is based on fault—wrongful intention or recklessness. And this, we feel, is right: this is how we want our criminal law to be; for criminal law is a sort of applied morality, so criminal guilt and moral guilt must not diverge. But isn't carelessness a kind of fault? Not altogether, in our law. For our civil law defines carelessness, or negligence, as failing to take that care which a reasonable man would take. But what if the defendant in a negligence action was too stupid or clumsy to be able to reach the standard of the reasonable man? This is no defence in a civil suit for negligence.

But should it be in criminal law? The difficulty is this. On the one hand it is unfair to punish anyone for things that aren't his fault. Accordingly, the man who falls below the standard of the reasonable man because he can't help doing so should not be convicted. On the other hand to exonerate people who fall below the standard of reasonable care by reasons of their own clumsiness, stupidity or ignorance (albeit unavoidable) may put an undesirable premium on such defects.

How far a criminal law of negligence should take the defendant's "personal equation" into account is a question to be discussed outside this Working Paper. At this time we leave the question open. For if we adopt the defence of due diligence, as we recommend, we could then consider later how far due diligence is to be assessed in terms of an external standard and how far in terms of the defendant's internal response to that standard. Meanwhile this problem we would leave to the courts.

Accordingly, we recommend,

(5) **negligence should be the minimum standard of liability in regulatory offences; therefore an accused should never be convicted of a regulatory offence if he establishes that he acted with due diligence, that is that he was not negligent.**

IX

The Criminal Law We Ought To Have

So we conclude that in the regulatory law strict liability be replaced by negligence and that the law as a minimum allow a defence of due diligence with a reverse onus of proof. This, in our view, is a useful halfway house between full *mens rea* and strict liability, a compromise that allows us to meet the needs both of justice and of efficiency. On the one hand, no one would be penalized except for being at fault; on the other hand, there is no concrete evidence that efficiency of law enforcement would be reduced. Admittedly more time in court would be devoted to inquiring whether the defendant took due care, but as it is, considerable time is taken inquiring into fault before sentence is passed. So we conclude the extra time involved would not be all that great.

We see our recommendation as being implemented in the frame work of a criminal law divided into two parts. One—the part consisting of all the traditional offences, the real crimes—would be contained in the Criminal Code. Here ignorance of law would be, at least in general, no defence. Here too, in general, the punishment prescribed could justifiably include imprisonment. The other part—consisting of regulatory offences—would be contained in other federal statutes and in federal regulations. Here ignorance of law might be allowed, to some extent at least, as a defence. Here too, imprisonment should generally be excluded as a punishment, though regulatory offences committed deliberately or recklessly could, in appropriate cases, constitute offences under the Criminal Code and merit imprisonment. So too could wilful non-payment of a fine and non-compliance with a court order, even though the fine or order concerned a regulatory offence.

The Criminal Code meanwhile would still include a general part on general principles and defences. In this we would include a section on these lines:

(1) unless Parliament expressly states otherwise, every offence in the Criminal Code requires *mens rea*;

(2) unless Parliament expressly states otherwise, every offence outside the Criminal Code admits of a defence of due diligence; and

(3) Parliament shall not be taken to have stated otherwise unless it has made the offence one of strict liability by declaring that due diligence is no defence.

Such a criminal law, we argue, would achieve the best of both worlds. It would be efficient and also fair. Efficient, we contend, because it would better promote those standards of care and safety which are the real objectives of regulatory law. Fair, too, because it would avoid the injustice of penalizing those known not to be at fault.

This then, we argue, is the shape we ought to give to our criminal law, our most basic and essential law—the law that more than all other law concerns itself with right and wrong. Let it concern itself with what is really wrong, not with some mere pretended or fictitious wrong. Otherwise we could end up with a society of cynics who, seeing individuals penalized when not to blame, just shrug their shoulders and remark: "That's life!" And yet, why should it be? What need is there for life to be like this? Besides, is that society the sort of society we in Canada want to have?

Accordingly, we recommend,

(6) **that all serious, obvious and general criminal offences should be contained in the Criminal Code, and should require** *mens rea,* **and only for these should imprisonment be a possible penalty; and that all offences outside the Criminal Code should as a minimum allow due diligence as a defence and for these in general imprisonment should be excluded.**

4234

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail nº2

DROIT PÉNAL

la responsabilité stricte

Février 1974

©

Information Canada
Ottawa, 1974

Nº de cat.: J32-1/2-1974

AVIS

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire avant le 1er juillet 1974, à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

la commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président
L'honorable Antonio Lamer, vice-président
William F. Ryan, c.r., commissaire à plein temps
Dr J. W. Mohr, commissaire à plein temps
Me Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel
Me John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

le personnel de recherche sur les principes généraux du droit pénal

Jacques Fortin, B.A., LL.L., LL.D., directeur
Patrick Fitzgerald, M.A.
Bernard Grenier, B.A., LL.L.
Tanner Elton, B.A., LL.B.
Nicole Trudeau-Bérard, B.A., LL.L.

Law Reform Commission
Library
JAN 29 1975
Commission de Réforme du Droit
Bibliothèque

TABLE DES MATIÈRES

I

Le citoyen et la loi 1
Le droit pénal actuel 1
La fonction première du droit pénal 5
La culpabilité 7
Les fonctions secondaires du droit pénal 8

II

La responsabilité stricte et le droit actuel 11

III

Faut-il conserver la responsabilité stricte? 15

IV

Justice, crimes et responsabilité stricte 17

V

Un droit particulier aux crimes proprement dits 19

VI

Responsabilité stricte, dissuasion et infraction réglementaire 23
(a) Les infractions réglementaires, la responsabilité stricte et l'argument d'humanité 23
(b) Les infractions réglementaires, la responsabilité stricte et la liberté 24
(c) Les infractions réglementaires, la responsabilité stricte et la justice 24

VII

La responsabilité stricte en pratique et l'infraction réglementaire 31
(a) La responsabilité stricte est-elle injuste en pratique? 31
(b) La responsabilité stricte se justifie-t-elle en pratique? 32
(c) La responsabilité stricte est-elle indispensable en pratique? 34
(d) La justice et l'efficacité 34

VIII

Les solutions de rechange à la responsabilité stricte dans les infractions réglementaires 37
(a) La contravention 37
(b) Le droit administratif est-il la solution? 37
(c) Le rôle du *mens rea* 38
(d) La nature de l'infraction réglementaire 38
(e) La négligence 39

IX

Le droit pénal que nous devrions avoir 43

I

Le citoyen et la loi

A la mention du mot loi, le citoyen ne pense ni aux contrats, ni aux testaments ni aux autres questions dont parlent les avocats. Il y a dix chances contre une qu'il pense à la police car, pour lui, la loi veut dire d'abord et avant tout le droit pénal. C'est là faire preuve de bon sens étant donné que c'est le droit pénal qui protège le citoyen contre la violence, la malhonnêteté et tous les autres «péchés définis par la loi». C'est le droit qui le reconduit chez lui en toute sécurité mais aussi celui qui l'amène devant les tribunaux. Une foule d'infractions mineures, ayant trait par exemple à la route et aux boissons enivrantes, donnent lieu à un million et demi de condamnations par année, soit une pour treize habitants. En définitive, le droit pénal est le plus fondamental et le plus essentiel puisqu'il touche le plus près aux notions du bien et du mal et qu'il façonne la société davantage que toute autre branche du droit.

Mais le droit pénal n'est pas une voie à sens unique. Il protège le citoyen mais, du même coup, il impose des limites à sa liberté en prohibant des comportements et en punissant les transgresseurs. Dans notre tâche de réforme du droit nous devons répondre à trois questions fondamentales: (1) de quel droit avons-nous un droit pénal; quelle en est la justification? (2) notre droit pénal est-il trop ou, au contraire, pas assez répressif et punitif; quelles devraient en être la portée et l'étendue? et (3) frappe-t-il les personnes qui le méritent; est-il trop sévère à l'égard de ceux qui ne sont pas réellement fautifs ou trop indulgent à l'égard de ceux qui le sont? Emploie-t-il un critère adéquat dans la détermination de la culpabilité? Bref notre droit pénal répond-il, dans sa forme actuelle, aux besoins de la société?

Le droit pénal actuel

Pour commencer, en quoi consiste le droit pénal actuel? Qu'est-ce que le droit pénal et qu'est-ce que le crime? En gros, le crime est tout ce qui est contraire à la loi; mais il y a plus, car tous les actes contraires à la loi ne sont pas nécessairement des crimes. Certains, comme la violation de contrat, ne sont que des délits civils, des délits dont

l'auteur peut faire l'objet de poursuites et être légalement contraint à indemniser la personne lésée. Les autres, les crimes, sont des maux qui peuvent entraîner la poursuite et la châtiment. A première vue donc, le crime, c'est ce qui est interdit par la loi et punissable en vertu de celle-ci.

Mais cela n'est pas suffisant. En effet, au Canada, de nombreux actes sont interdits et punissables en vertu de la loi sans être pour autant des crimes. Mais pour qu'un acte soit un crime il faut, au plan légal, qu'il soit interdit et punissable en vertu du droit *fédéral,* puisqu'aux termes de notre constitution, le pouvoir de définir le crime relève du Parlement fédéral.

Donc, les provinces ne peuvent légiférer en droit criminel. Et pourtant, elles peuvent créer des infractions, car la constitution leur reconnaît le pouvoir de sanctionner par l'imposition de peines les contraventions aux lois qui relèvent de leur compétence. Les provinces ont créé de nombreuses infractions qui donnent lieu à la grande majorité des condamnations prononcées par nos tribunaux criminels (par exemple, plus de 1,400,000 des 1,800,000 condamnations enregistrées en 1969). D'ailleurs ces infractions ressemblent en tous points aux crimes: elles entraînent poursuites, condamnations et peines. Mais, pour le citoyen ordinaire qui perd son permis et doit payer l'amende à la suite d'une condamnation pour imprudence au volant, peu lui chaut que, sur le plan constitutionnel, il soit coupable d'une infraction provinciale et non d'un crime. C'est là une distinction qu'il ne fait pas.

Le citoyen moyen fait plutôt une autre distinction, qui remonte au temps de Blackstone et au dix-huitième siècle. Pour lui, le crime n'est pas uniquement une chose que la loi se trouve à réprimer mais également quelque chose qu'elle doit réprimer. Pour citer une autorité du dix-neuvième siècle, M. le juge Stephen, auquel nous devons en grande partie notre Code criminel, un crime au sens populaire est «un acte qui est à la fois interdit par la loi et qui répugne au sens moral de la société». Ainsi, le stationnement interdit, n'est qu'une simple infraction. De fait, le citoyen ordinaire voit une différence fondamentale entre les «crimes» et les «simples infractions».

Cette distinction est-elle fondée? Après tout, qu'est-ce qui fait qu'un crime comme le meurtre est mauvais, si ce n'est le mal infligé à la victime et le préjudice qui en résulte et pour sa famille et pour la société, par suite de la crainte et de l'émoi qu'il suscite? Pourquoi la loi interdit-elle de stationner à certains endroits et à certaines heures sous peine d'infraction, si ce n'est à cause du préjudice qui en découle, soit l'encombrement des rues et l'interruption de la circulation? La différence en est-elle simplement une de degré? Pas tout à fait puisqu'il y a d'autres différences, notamment la différence de nature entre les préjudices.

En effet, le crime viole des règles fondamentales, il constitue un mal d'une portée plus générale et comporte un préjudice plus manifeste.

D'abord, le crime va à l'encontre de règles fondamentales, alors que l'infraction contrevient à des règles socialement utiles, mais non fondamentales. Ainsi, le meurtre contredit cette règle fondamentale, essentielle à l'existence et au maintien mêmes de toute société humaine, qui interdit la violence et l'homicide. Par ailleurs, le stationnement illégal contrevient à une règle d'un genre différent dont l'observance, sans être essentielle à la société, s'avère tout de même utile.

Ensuite, le crime vise des maux d'une portée plus générale du fait que toute personne peut le commettre en sa qualité de personne. L'infraction est plus spécifique en ce qu'elle vise des maux susceptibles de survenir à l'occasion de l'accomplissement de certaines fonctions ou de la poursuite de certaines activités particulières. Le meurtre et le vol, par exemple, sont des maux que l'homme cause en tant qu'homme. Mais le stationnement interdit, la vente illégale de boissons enivrantes et la pêche hors saison, sont des maux que l'homme commet en tant qu'automobiliste, commerçant ou pêcheur. On s'attend à trouver ces infractions, non pas dans un code criminel ou dans un ouvrage de droit pénal, mais dans des lois particulières et des traités spécialisés.

Enfin, le crime comporte un préjudice beaucoup plus manifeste. Le meurtre et le vol sur la personne semblent de toute évidence mauvais. Ils infligent un préjudice direct, immédiat et flagrant à des victimes déterminées et s'accompagnent d'une intention manifestement mauvaise. L'infraction comporte un mal moins évident. Le préjudice qui en découle est moins direct, il est collectif plutôt qu'individuel et il résulte aussi bien de la négligence que de l'intention. En outre, il est plus souvent virtuel qu'actuel.

C'est peut-être pour cette raison que l'ignorance de la loi n'a jamais été reçue en droit pénal. Après tout, qu'importe si le meurtrier ne connaît pas la loi particulière se rapportant à son crime puisqu'il sait au moins qu'il est mal de tuer? Mais peut-on en dire autant des infractions? Les infractions concernant la circulation routière, les boissons enivrantes et la pêche seraient-elles si manifestement mauvaises qu'on pourrait dire de celui qui les commet qu'il en connaît sûrement le caractère mauvais?

Non pas que l'infraction ne soit pas mauvaise. Dire qu'elle est moins manifestement mauvaise, ce n'est pas dire qu'elle ne l'est pas du tout. De fait, c'est là le danger qui découle de la distinction naïve selon laquelle il y aurait deux catégories de crimes: le «crime» et «l'infraction». Cette distinction suppose en effet que l'infraction ne comporte aucun mal et aucun préjudice. Mais en réalité, le préjudice causé par

l'ensemble de ces infractions, par exemple la pêche ou la chasse excessive, la pollution de l'environnement, peut s'avérer supérieur à celui qui résulte de crimes plus évidents, au point que plusieurs y voient une raison d'abolir la distinction.

Mais on serait malavisé de le faire. D'abord, il n'est pas souhaitable d'ignorer les distinctions qui s'imposent au sens commun. Ainsi il ne faut pas oublier, en réformant la loi, qu'une seule condamnation pour vol sur la personne marque le délinquant comme un criminel aux yeux de la société, alors que mille condamnations pour stationnement illégal n'ont pas cet effet. De plus, il faut profiter de la leçon que nous enseigne la distinction faite par le citoyen ordinaire. D'une part, les «crimes» tels que le meurtre, le vol sur la personne et le viol coïncident avec ce que le sens commun condamne, même si la loi s'arrête à des détails techniques. D'autre part, les «infractions» telles que la conduite d'une automobile du mauvais côté de la route ou l'excès de vitesse font plus qu'énoncer une simple interdiction. En effet, la loi ne se contente pas d'interdire ce que nous croyons tous être mauvais, soit la conduite dangereuse ou l'excès de vitesse. Elle va même jusqu'à déterminer la vitesse et le côté de la route où nous pouvons rouler, ce qui comporte inévitablement une part d'arbitraire.

Nous pensons donc que notre droit pénal repose sur cette distinction imprécise qui ne saurait être poussée trop loin, même si elle correspond à une réalité.* D'un côté, il existe quelques crimes réellement graves, tels que le meurtre, le vol sur la personne et le viol qui, de tout temps, ont été considérés comme tels et qui constituent précisément la sorte de crimes qu'on s'attend de trouver dans n'importe quel droit criminel. Ce furent les premiers crimes à être définis par les juges qui ont façonné le *common law*, crimes qui figurent maintenant dans notre Code criminel, et qui relèvent du Parlement fédéral.

A l'opposé, il existe un groupe beaucoup plus important d'infractions mineures telles que le stationnement illégal, la publicité trompeuse, la vente d'aliments impropres à la consommation, infractions de création plus récente. Le *common law* n'a jamais connu ces infractions qui n'ont d'ailleurs jamais fait partie du Code criminel. Il faut plutôt les chercher dans la *Loi sur les poids et mesures*, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, la *Loi des aliments et drogues* et dans la plé-

---

*La désignation exacte de ces deux catégories d'infractions pose un problème. Diverses expressions ont été utilisées, par exemple, «crimes proprement dits» (real crimes), par opposition aux «quasi-crimes», ces derniers ayant été diversement désignés par les expressions «infractions civiles» (civil offences), «infractions de bien-être public» (public welfare offences), «infractions réglementaires» (regulatory offences). Dans le présent document, nous appelons «crimes» ou «crimes proprement dits» les infractions de la première catégorie, et «infractions», «simples infractions» ou «infractions réglementaires» celles de la deuxième catégorie.

thore de lois et règlements que secrète notre complexe société industrielle. On trouve ces «infractions réglementaires», comme on les appelle souvent, tant dans la législation fédérale que dans la législation provinciale.

Bien sûr, c'est à la législation fédérale que nous nous intéressons ici, tant aux crimes qu'aux infractions réglementaires qu'elle comporte. Toutefois, il va sans dire que les considérations d'équité, de justice et d'humanité s'appliquent également à toutes les infractions, qu'elles soient fédérales ou provinciales. Si, d'un point de vue strict, nos recommandations et propositions doivent se limiter au domaine fédéral, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent être valables également dans le domaine provincial. Les principes en jeu sont les mêmes.

La fonction première du droit pénal

Quel est le but du droit pénal? En particulier, le droit pénal obéit-il à une justification fondamentale ou n'est-il rien d'autre qu'une rationalisation de la doctrine cynique: «force passe droit»? De quel droit pouvons-nous établir une série d'interdictions dont l'inobservation entraîne une punition?

La société a-t-elle le droit de punir le délinquant? Il ne suffit pas de répondre que le délinquant mérite d'être puni. En effet, dire qu'un homme mérite de souffrir pour le mal qu'il a fait ne signifie pas que ses semblables ont le droit de lui infliger un châtiment. L'homme n'a pas le droit de jouer au bon Dieu. Et pourtant, si la société affirme son droit de punir les malfaiteurs afin de se protéger, ne s'engage-t-elle pas ainsi à se servir du délinquant pour le bien des autres et à le traiter non pas comme une fin en soi, mais comme un moyen pour atteindre un plus grand bien?

Dans le cadre de ce bref document de travail, nous devons nous limiter à donner une réponse possible à cette question infiniment complexe. Nous serions prêts à affirmer le droit fondamental de la société à se protéger contre le mal, et en particulier contre les actes dommageables de ses membres. Le recours à la loi pour réprimer ces actes et en punir les auteurs constitue une façon d'assurer cette protection. Peu importe que la punition vise à la prévention particulière ou générale, à la réhabilitation du délinquant ou à sa mise hors d'état de nuire par l'incarcération, ou encore à la dénonciation du caractère mauvais de l'acte commis, cette auto-protection de la part de la société constitue, à notre avis, l'objectif premier et fondamental du droit pénal.

Si on accepte que ce soit là l'objectif du droit pénal, l'argument voulant que la loi se serve du délinquant comme un moyen d'assurer le bien des autres ne tient pas, parce que ce n'est pas le cas. Les règles

de la société et leur observation sont à l'avantage de tous, y compris le délinquant. Par conséquent, la punition qui en assure le respect profite à tous y compris, encore ici, le délinquant. Ce dernier n'est donc pas simplement utilisé pour le plus grand bien de tous.

Au contraire, il n'est pas davantage utilisé pour le bien d'autres personnes que ne l'est l'agresseur dont la victime a recours à la force pour assurer sa légitime défense. L'agresseur d'une victime innocente perd son droit de ne pas être soumis à la force. De même, du seul fait qu'il transgresse la loi, le délinquant perd son droit à ce que la loi n'agisse pas contre lui. Le droit pénal est pour la société un moyen de légitime défense contre le criminel.

Le délinquant ne peut davantage se plaindre d'être utilisé et traité comme une chose ou un objet. Le fait est qu'il ne l'est pas. Au contraire, la loi le considère comme un être rationnel, doué du libre arbitre et de la faculté de choisir. «Observez ces règles», dit la loi, «assumez vos obligations sociales et profitez des avantages offerts par la société; ou enfreignez ces règles, rejetez vos obligations sociales et perdez les avantages offerts par la société: vous avez le choix». Par conséquent, la punition de celui qui enfreint les règles et refuse ses obligations n'est pas injuste. Au contraire, ce qui serait injuste, ce serait de lui permettre à la fois de refuser ses obligations sociales et de bénéficier des avantages. S'il en était ainsi, le délinquant y gagnerait sur tous les fronts en profitant d'un avantage injuste sur le reste de la société et en se moquant de l'honnête citoyen: celui-ci se trouverait à respecter des règles bénéficiant au délinquant sans obtenir en retour quelque avantage correspondant. C'est précisément ce qu'empêche la punition du délinquant.

Mais cela seul ne suffit pas à justifier l'existence du droit pénal. En effet, qu'en serait-il si le législateur cherchait à se protéger de choses contre lesquelles il n'a pas le droit de se prémunir? Les rois normands après leur conquête de l'Angleterre, voulant se réserver la chasse aux cerfs dans tout le pays, l'ont interdite sous peine de mort. Et pourtant, les paysans n'avaient-ils pas, au même titre que les princes, le droit de chasser le gibier et de s'en nourrir? De la même façon, de nos jours, nous avons des lois qui prohibent des styles de vie au seul motif qu'ils déplaisent au législateur. Mais chacun ne peut-il prétendre à un droit de pécher comme il l'entend, pourvu qu'il ne nuise pas à autrui?

Ensuite, que dire d'une loi qui punirait ceux qui, n'étant pas moralement en faute, ne méritent aucun blâme? L'amiral anglais Byng —le pauvre—fut exécuté à cause d'une défaite navale dont il n'était aucunement responsable, ce qui a amené Voltaire à faire la réflexion suivante: «En ce pays-ci, il est bon de tuer de temps en temps un amiral pour encourager les autres». Mais de nos jours, nous faisons des choses

qui, sans aller aussi loin, sont tout aussi injustes. Nous avons déjà condamné des gens pour possession de drogues en dépit de leur ignorance de la nature de la chose possédée. Heureusement, en 1957, la Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt *Beaver* que l'infraction de possession exigeait la connaissance de la nature de la chose possédée. Pourtant, il existe encore un nombre considérable d'infractions qui n'exigent ni intention, ni connaissance et pour lesquelles une personne peut être punie même si elle est moralement innocente.

Pourtant, le droit pénal et la peine ne se justifient qu'à deux conditions. Premièrement, la loi ne doit pas être oppressive, ni interdire des actes que le citoyen a moralement le droit et devrait avoir la liberté de poser. Deuxièmement, la loi ne doit pas punir ceux qui, de toute évidence, ne sont pas en faute du fait qu'ils n'ont pas eu l'occasion de se conformer à ses exigences. En d'autres mots, elle ne devrait pas punir ceux qui n'ont pas l'occasion d'exercer un choix.

Tels sont donc les problèmes fondamentaux que pose le droit pénal. Premièrement, quels sont les actes que la loi devrait laisser une personne libre de poser ou, en d'autres mots, quelles sont l'étendue et la portée du droit pénal? Deuxièmement, quel type de comportement devrait engager la responsabilité pénale: le comportement intentionnel, insouciant, négligent, ou le comportement dénué de toute faute morale? Autrement dit, quel devrait être le critère de la responsabilité criminelle? Tel est le sujet de la présente étude.

Dans quelle mesure la responsabilité pénale devrait-elle être stricte? Jusqu'à quel point la culpabilité ne devrait-elle pas uniquement dépendre du simple fait qu'objectivement, le délinquant a accompli un acte interdit par la loi? Jusqu'à quel point devrait-on tenir compte de l'état d'esprit du contrevenant? Ce problème est fondamental à tout droit pénal. Sa solution constitue la meilleure façon de définir la sorte de droit pénal que nous préconisons.

La culpabilité

Il s'agit donc de se demander si la culpabilité devrait se fonder sur deux facteurs, d'une part, l'existence d'un acte dommageable, et d'autre part, le caractère intentionnel de cet acte, comme c'est le cas pour le meurtre, le vol sur la personne et les autres crimes. La culpabilité ne devrait-elle pas plutôt se baser simplement sur la perpétration de l'acte dommageable, comme c'est le cas pour la plupart des infractions réglementaires qui peuvent être commises d'une façon non intentionnelle ou tout simplement par inadvertance? La question ne devrait-elle pas dépendre du genre de crime en cause, en posant l'exigence d'une culpabilité «véritable» pour le crime et d'une culpabilité «technique» pour

l'infraction réglementaire? Ou peut-être faudrait-il abandonner complètement la notion de culpabilité et faire intervenir la loi en fonction d'un critère de dangerosité ou de nocivité, comme c'est le cas pour les délinquants anormaux mentaux, qui ne sont ni punis ni relâchés, mais plutôt internés au bon plaisir du lieutenant-gouverneur?

La question dépend-elle aussi du genre de délinquant en cause? Le même critère devrait-il s'appliquer à la personne morale et à la personne physique? Les crimes proprement dits sont surtout le fait de personnes physiques, alors que les infractions réglementaires sont perpétrées autant par des personnes morales que par des personnes physiques. Le problème posé par les critères de culpabilité soulève donc également la question de la responsabilité pénale des personnes morales.

Mais c'est là un sujet qu'il convient d'étudier séparément; nous n'en parlerons donc pas dans le présent document de travail. D'une part, la responsabilité pénale des personnes morales soulève d'autres problèmes, au-delà de celui posé par les critères de culpabilité. Ces problèmes feront l'objet d'un document de travail ultérieur. D'autre part, les questions de justice, de liberté et d'humanité sont plus significatives pour les personnes physiques que pour les personnes morales. Quels critères la loi devrait-elle donc adopter pour déterminer la culpabilité des individus?

En faisant porter notre attention sur la culpabilité des personnes physiques, nous ne voulons pas pour autant oublier le problème de la responsabilité pour autrui. La question de savoir si une personne doit assumer une responsabilité pénale pour les actes d'autrui se pose aussi souvent, en matière d'infractions réglementaires, que la question de savoir si la responsabilité est stricte. Pour ces infractions, l'employeur fait normalement l'objet de poursuites parce que son employé, et non lui-même, a par mégarde enfreint un règlement quelconque dans l'exercice de ses fonctions. A cet égard, nous pensons pour l'instant que la responsabilité pénale pour autrui ne peut se justifier que par la faute personnelle de l'employeur. Cette prise de position, qui n'a rien de définitif, découle de notre conception de la responsabilité personnelle et des objectifs du droit pénal.

Les fonctions secondaires du droit pénal

En acceptant que le but ultime du droit pénal consiste dans l'autodéfense de la société, quel devrait être l'objectif immédiat du droit pénal et du système de justice pénale? Consiste-t-il à soumettre les délinquants à la justice, à la manière de ce qui se fait pour les crimes où les procès sont lents et solennels, les condamnations ignominieuses et les peines infamantes et expiatoires? Ou s'agit-il simplement, d'une façon moins

dramatique, de dissuader les gens d'enfreindre la loi, à la manière de ce qui se fait pour les infractions réglementaires où les procès sont courts et expéditifs, les condamnations nominales et les pénalités préventives? Devrions-nous plutôt viser à la prévention, en adoptant des dispositions légales faites non pas d'interdictions et de peines, mais de descriptions et de prescriptions—descriptions des maux à éviter et prescriptions des mesures à prendre?

La réponse à ces questions affecte les critères de culpabilité que le droit pénal devrait retenir. Dans l'état actuel du droit, la culpabilité proprement dite, i.e. la culpabilité au sens plein du mot, selon laquelle l'accusé a délibérément accompli un acte dommageable, correspond au but qui consiste à faire tomber les délinquants sous le coup de la justice. Dans ce cas, il faut alors établir qu'on a affaire à un délinquant au plein sens du mot et que celui-ci entendait faire le mal qu'il a fait. Par contre, la culpabilité technique, qui implique un degré moindre de culpabilité, correspond à l'objectif de dissuasion. Ici, la justice travaille à la chaîne et elle n'a pas le temps d'adapter le procès aux circonstances individuelles ni de se demander si le prévenu est en faute et a commis l'infraction délibérément.

Au contraire, l'objectif de dissuasion ne tient aucunement compte de la culpabilité mais cherche uniquement à supprimer le danger. Par exemple, la loi autorise des inspecteurs à saisir les produits dangereux, à confisquer les aliments impropres à la consommation, à garder au sol des avions en mauvais état, à abattre le bétail malade, et ainsi de suite. Ici, la culpabilité n'entre pas en ligne de compte parce que la loi vise non pas une personne mais bien une chose dangereuse. Il s'agit non pas de procédures *in personam* mais de procédures *in rem*.

Si on accepte que notre droit œuvre dans ces trois directions différentes, jusqu'à quel point la responsabilité pénale devrait-elle dépendre d'une faute personnelle? Devrait-elle se fonder sur l'intention, l'insouciance ou quelque élément psychologique, ce que les avocats appellent le *mens rea?* Devrait-elle se fonder sur la négligence ou sur quelque élément de culpabilité échappant au *mens rea* traditionnel? Serait-il justifiable d'éliminer l'exigence du *mens rea* ou quelque autre élément de culpabilité, au profit d'une doctrine de la responsabilité stricte se fondant sur la seule perpétration de l'acte punissable, l'*actus reus?* En d'autres termes, jusqu'à quel point voulons-nous que notre droit pénal soit strict?

II

La responsabilité stricte et le droit actuel

Celui qui enfreint la loi devrait-il donc être coupable dans tous les cas, sans égard à la question de savoir s'il est conscient d'enfreindre la loi, ou seulement lorsqu'il enfreint la loi sciemment?

La loi n'est jamais allée aussi loin que de punir uniquement les délinquants conscients de l'illégalité de leurs actes. L'ignorance de la loi n'est pas une excuse. Le cambrioleur ne peut pas invoquer comme moyen de défense son ignorance de l'interdiction légale, pas plus que le receleur ne peut invoquer son ignorance de l'illégalité du recel, car chacun est censé connaître la loi. L'erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense.

Mais l'erreur de fait est un moyen de défense. Celui qui achète des biens volés sans savoir qu'ils ont été volés possède un bon moyen de défense contre l'accusation de recel. Selon la tradition juridique, nul n'est coupable du seul fait de la perpétration de l'acte criminel, puisqu'il faut également la connaissance ou l'intention criminelle. En principe donc, l'erreur de fait constitue un moyen de défense valable.

Mais en pratique, ce n'est pas nécessairement le cas. En effet, de nombreuses infractions, particulièrement les infractions réglementaires, excluent les moyens de défense fondés sur l'erreur de fait. On peut être trouvé coupable d'avoir commis ces infractions en l'absence d'intention, de connaissance ou même d'insouciance. Le commerçant qui emballe un produit alimentaire d'une façon telle que l'emballage donne une impression trompeuse quant au contenu, enfreint l'art. 5 de la *Loi des aliments et drogues* et commet une infraction, même si l'emballage est fait de bonne foi et sans négligence. Pour ces infractions, la responsabilité est stricte.

Cela est-il juste? Est-il juste de condamner des personnes qui ne méritent aucun blâme? Est-ce inévitable? D'aucuns croient que la responsabilité stricte est essentielle à notre vie moderne si complexe, où il est important de maintenir des normes exigeantes de sécurité, d'hygiène, et autres. Ils soutiennent que sans la responsabilité stricte, il serait impossible d'appliquer les lois visant à promouvoir ces normes, puisque les prévenus sont les seuls à savoir s'ils ont commis une faute, étant les seuls à savoir ce qui se passe dans leur entreprise. Sans la

responsabilité stricte, les dispositions de droit pénal se rapportant au bien-être public ne pourraient plus être mises en application. Par conséquent, il faut sacrifier la justice à l'efficacité.

A l'heure actuelle quelle est, au Canada, l'importance de ce problème? Combien y a-t-il d'infractions de responsabilité stricte et combien de poursuites en découlent? Nous avons fait les constatations suivantes. Premièrement, la législation fédérale contient à peu près 20,000 infractions réglementaires et la législation provinciale en comporte en moyenne 20,000 par province. Quatre-vingt-dix pour cent de l'ensemble de ces infractions sont de responsabilité stricte. Deuxièmement, chaque année, à peu près* 1,400,000 condamnations sont prononcées contre 850,000 personnes pour des infractions de responsabilités stricte, soit une moyenne annuelle d'une condamnation pour vingt-cinq citoyens. Au plan quantitatif, le problème est donc énorme.

Mais sur un plan concret, on peut se demander si la responsabilité stricte pose un problème non seulement en théorie, mais aussi en pratique. Pour répondre à cette question, nous avons examiné trois domaines du droit, la publicité trompeuse, les poids et mesures et les aliments et drogues, et nous avons constaté qu'en pratique ceux qui n'ont pas commis de faute ne font à peu près jamais l'objet de poursuites. L'extrapolation de cette constatation à l'ensemble des infractions de responsabilité stricte tendrait à démontrer qu'en pratique, la responsabilité stricte ne cause pas d'injustice.

Néanmoins, elle continue de poser un problème juridique. En effet, si la loi affirme que la culpabilité ne dépend pas de la faute et la pratique affirme le contraire, il y a divergence entre la pratique et la loi. Au mieux il en résulte de la confusion, au pire de l'hypocrisie. A notre avis, il n'est jamais bon de tolérer une divergence trop flagrante entre l'esprit de la loi et son application.

Quel est donc l'esprit du droit de la responsabilité stricte? Nos recherches nous montrent que la loi est loin d'être claire. Il est impossible de savoir, jusqu'à ce qu'un tribunal se prononce sur la question, si une infraction réglementaire donnée est de responsabilité stricte. Il est également impossible de prédire d'une façon certaine quelle sera la décision du tribunal. Prenons, par exemple, l'arrêt de principe en la matière, l'affaire *Pierce Fisheries Ltd.*, où l'accusation reprochait à la

---

*Comme le montre l'étude intitulée «L'importance du problème», d'après nos calculs, 90% des condamnations sommaires pour des infractions en vertu de lois fédérales (autres que le Code criminel), de règlements fédéraux, de lois provinciales et de règlements provinciaux ont trait à des infractions de responsabilité stricte. En fait, presque 80% des verdicts de culpabilité portent sur des infractions relatives à la circulation. En ce domaine, toutefois, la proportion des infractions de responsabilité stricte s'élève à peu près à 98%. Par conséquent, notre chiffre de 1,400,000 verdicts de culpabilité rendus pour des infractions de responsabilité stricte s'avère conservateur.

compagnie d'avoir eu en sa possession des homards d'une grosseur inférieure à celle fixée par les règlements sur les pêcheries. Dans un chargement de 50,000 livres de homards, vingt-six homards n'avaient pas la grosseur prévue par les règlements. La poursuite devait-elle prouver que le prévenu connaissait ou aurait dû connaître la présence de ces vingt-six homards? Le tribunal de première instance, de même que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pensaient que oui, mais non la Cour suprême du Canada devant laquelle la poursuite a interjeté appel. L'infraction, a déclaré le plus haut tribunal du pays, est de responsabilité stricte. Comment quelqu'un aurait-il pu prévoir qu'il en serait ainsi?

Tout ce que nous pouvons dire, c'est que quatre-vingt-dix pour cent des infractions réglementaires pourraient être de responsabilité stricte. Les articles et les règlements qui les établissent sont rédigés de telle façon qu'ils n'indiquent pas si le *mens rea* est requis ou non. Il nous faut donc attendre une décision judiciaire avant d'être fixés.

Est-ce là une situation satisfaisante? Satisfaisante pour les autorités qui doivent appliquer la loi et décider si des poursuites devraient être engagées? Satisfaisante pour le prévenu qui se demande s'il dispose d'un moyen de défense valable? Satisfaisante pour le public touché par ces règlements?

Il est certain que le citoyen a le droit de connaître la loi. S'il existe un domaine où la loi devrait être claire et certaine, c'est bien celui du droit pénal. Puisque le droit pénal autorise l'État à intervenir dans la vie de l'individu, il faut, en vue de protéger la liberté de ce dernier, que les raisons et limites de cette intervention soient clairement définies, de façon à ce qu'il puisse savoir exactement ce qui est interdit et dans quels cas précis l'État peut intervenir. Comme Burke le faisait remarquer, là où commence le mystère, la justice prend fin. En droit pénal, le mystère est indéfendable. Nous en arrivons donc à la conclusion suivante:

(1) sans égard à la question de savoir si la responsabilité stricte est appropriée en droit pénal, il faut clarifier la loi de façon à ce qu'elle énonce si une infraction donnée est de responsabilité stricte.

III

Faut-il conserver la responsabilité stricte?

Dans quelle mesure la responsabilité stricte devrait-elle demeurer? Revenons tout d'abord sur trois points dont nous avons déjà fait mention. Premièrement, nous limitons notre propos à la législation fédérale et par conséquent, nos recommandations n'auront trait qu'à cette dernière. Toutefois, nous croyons que notre examen sera utile à ceux qui s'intéressent au droit provincial et au droit municipal. Deuxièmement, nous examinons uniquement la question de la responsabilité individuelle. Troisièmement, comme nous l'avons déjà dit, nous n'excluons pas pour autant la question de la responsabilité pour autrui qui, à notre avis, devrait se fonder sur la faute personnelle.

Jusqu'à quel point la responsabilité pénale des personnes physiques devrait-elle dépendre d'une faute personnelle? Au cours de notre examen, nous considérerons les questions suivantes au fur et à mesure qu'elles se poseront: (1) la responsabilité devrait-elle dépendre de la faute en ce qui concerne les crimes pour lesquels le droit pénal semble principalement avoir pour objectif de faire tomber les délinquants sous le coup de la justice? (2) à cet égard, le droit pénal devrait-il conserver cet objectif de soumettre les délinquants à la justice, ou devrait-il se donner un objectif différent? (3) la responsabilité devrait-elle dépendre d'une faute personnelle, dans le cas des infractions réglementaires, où le droit semble viser surtout à la dissuasion? (4) serait-il possible, en pratique, d'abolir la responsabilité stricte, dans le cas des infractions réglementaires? (5) quelle autre solution serait préférable? et, (6) dans ce contexte, jusqu'à quel point la responsabilité stricte est-elle nécessaire en pratique? Finalement, nous formulerons nos propres recommandations quant à la responsabilité stricte en matière d'infractions réglementaires.

IV

Justice, crimes et responsabilité stricte

Si le droit pénal vise à soumettre les délinquants à la justice, que ce soit en vue de dénoncer le vice et de promouvoir la vertu, ou de permettre à la société d'exprimer sa réprobation d'une façon dramatique, la responsabilité stricte n'y a certainement pas sa place. Faire justice aux délinquants, cela signifie condamner les coupables, les marquer de honte et les stigmatiser parce qu'ils méritent une punition, celle-ci pouvant prendre une forme particulièrement infamante, l'emprisonnement. La responsabilité stricte serait ici à la fois illogique et injuste.

Illogique, parce qu'elle force le système de justice pénale à se contredire et à se mentir à lui-même. Si la loi vise à condamner des personnes parce qu'elles sont dans le tort et méritent d'être punies, il n'est pas logique qu'elle condamne et punisse en même temps les personnes qui, de toute évidence, ne sont pas dans le tort et ne méritent pas d'être punies. Proclamer que quelqu'un mérite une punition sans qu'il la mérite, c'est se contredire. Cette sorte de culpabilité «innocente» est tout à fait absurde, et la responsabilité stricte est dans ce contexte un illogisme.

Elle est également injuste à double titre. D'abord, la justice exige entre autres que chacun reçoive son dû. Pourtant, si quelqu'un ne mérite aucune punition, celle-ci ne lui est jamais due. En justice, seuls ceux qui le méritent peuvent être punis, i.e. ceux qui ont commis une faute et doivent être blâmés non seulement pour l'acte qu'ils ont commis, mais égaler nt en raison de leur intention, connaissance, insouciance ou négligence. Ceux qui commettent de simples erreurs raisonnables et inévitables ne méritent pas de punition. Il est humain de se tromper et personne n'est à l'abri de l'erreur. Exiger d'une personne qu'elle soit infaillible, c'est lui demander plus qu'elle ne peut donner; la punir pour un manquement, c'est lui imposer plus que ce qu'elle ne mérite. A ce titre, la responsabilité stricte est tout à fait injuste.

La responsabilité stricte est également injuste à un autre titre. En effet, la justice exige également que l'on traite d'une façon semblable les situations semblables et d'une façon différente les situations différentes. C'est ce principe qui impose certains fardeaux, tels les impôts et le service militaire, uniquement à ceux qui peuvent le mieux les assumer, et

qui accorde des droits, tels le droit de vote, à ceux qui sont d'âge à comprendre les questions politiques. En d'autres termes, la justice établit des distinctions là où cela s'avère nécessaire.

La différence entre la personne qui a commis une faute et celle qui n'en a pas commis en est précisément une qui appelle une distinction. Il y a en effet une différence entre celui qui commet intentionnellement un acte défendu et celui qui commet le même acte par inadvertance. En toute justice, chacun devrait être traité différemment, mais la responsabilité stricte les traite tous deux de la même façon. Et cela est toujours injuste.

Nous concluons donc que, dans ce contexte, la responsabilité stricte n'a pas sa place et qu'il faut conserver le *mens rea*. Notre recommandation est la suivante:

(2) en ce qui concerne les crimes proprement dits, l'exigence du *mens rea* doit toujours être présente, la culpabilité doit toujours se fonder sur la responsabilité personnelle et la responsabilité stricte doit être exclue.

V

Un droit particulier aux crimes proprement dits

Pourquoi ne pas abandonner l'approche «théologique» de la culpabilité et de la peine au profit d'une approche plus scientifique, fondée sur la dangerosité, la nocivité et le traitement? Pourquoi ne pas se défaire d'un droit pénal axé sur la responsabilité personnelle, pour le remplacer par un droit visant le caractère antisocial des comportements, un système de défense sociale fondé sur un droit préventif, à la manière de la médecine préventive? Une telle approche permettrait à la loi de prévoir et même d'imposer un traitement pour ceux qui présentent le risque de poser des actes antisociaux et de causer un préjudice à autrui. Le traitement ne serait pas lié à une condamnation, pas plus qu'il ne constituerait une réaction à la perpétration d'un crime. Il ne serait que le résultat du diagnostic d'une tendance antisociale dont le crime ne serait qu'un symptôme. Cette nouvelle méthode serait donc tournée vers l'avenir, non vers le passé.

Une approche nouvelle, certes, mais aussi un changement radical que nous ne sommes pas prêts à recommander. Cette idée a provoqué, en philosophie du droit pénal, l'une des controverses les plus importantes et les plus enrichissantes. Nous ne pouvons ici que faire état de nos conclusions à la lumière de cette controverse.

Premièrement, dans le cadre d'un tel système, la responsabilité stricte ne serait ni illogique ni injuste, puisqu'il n'y aurait ni condamnation, ni peine, ni infamie. Le problème de la punition de l'innocent ne se poserait plus. Sur le plan de la justice, le système comporterait même un certain avantage pour la victime de l'acte dommageable. En effet, le préjudice causé à cette dernière demeure le même, quel que soit l'état d'esprit du «délinquant»: la perte subie est la même, qu'elle provienne d'un acte intentionnel ou d'un accident. Le nouveau système, qui s'intéresse au préjudice et à la nécessité de le prévenir, permettrait dans les deux cas d'intervenir contre l'auteur du dommage aux fins d'un diagnostic, d'un pronostic et d'un traitement préventif. Il y aurait également un second avantage, non pas du point de vue de la justice mais plutôt du point de vue de l'efficacité, puisqu'alors il ne serait pas nécessaire de prouver le *mens rea*, allégeant ainsi le procès pénal de l'un de ses fardeaux les plus lourds. Un autre avantage consisterait dans une plus

grande possibilité d'intervention avant que ne survienne le dommage. Celui qui est prêt à tuer est au moins aussi dangereux que celui qui a déjà tué. Pourquoi faudrait-il attendre qu'il ait tué pour l'arrêter? On dit parfois qu'en *common law*, le chien a le droit de mordre une fois, mais personne ne dira que le meurtrier a droit à sa première victime.

La nouvelle méthode comporterait donc des avantages, sur le plan de l'efficacité et de la célérité. Mais ce serait laisser la proie pour l'ombre. D'abord, il ne faudrait pas sous-estimer les difficultés inhérentes à un changement aussi radical qui suppose une révision complète de nos attitudes envers le comportement antisocial. Il ne faudrait pas non plus sous-estimer le risque que la hantise des anciennes attitudes ne nous laisse que les désavantages des deux systèmes. Ainsi, en essayant de traiter, nous ne ferions que punir à l'intérieur d'un système fait d'équivoques et de contradictions.

Ce qu'un tel système nous forcerait à sacrifier sur le plan de la liberté est encore plus important. L'approche traditionnelle nous laisse le choix de respecter la loi, ou de l'enfreindre et d'en payer le prix, et ceci grâce à la doctrine du *mens rea*. Pour celle-ci, en effet, on ne devient délinquant que si on agit avec intention, connaissance, insouciance ou négligence, et on ne tombe pas sous le coup de la loi à moins de faire sciemment ce que la loi défend. On peut ainsi prévoir quand la loi interviendra dans notre conduite et régler celle-ci en conséquence. Chacun a le choix d'obéir ou de ne pas obéir à la loi.

Toutefois, si la doctrine du *mens rea* n'existait pas, la loi pourrait sévir à chaque fois qu'une infraction serait commise, que ce soit en connaissance de cause ou par inadvertance. L'acte posé par inadvertance ne provient pas d'un choix. C'est tout simplement un phénomène attribuable peut-être à une erreur, et l'erreur elle-même est une chose que l'on subit et qu'on ne choisit pas. L'abandon du *mens rea* aurait pour effet d'accroître l'étendue du droit pénal et la portée de ses interventions, et de restreindre d'autant la liberté du citoyen. Ce dernier ne pourrait plus prévoir les interventions de la loi dans sa conduite, même s'il s'efforçait de respecter la loi. Il ne pourrait pas non plus ordonner sa conduite de façon à être à l'abri de la loi. Il n'aurait plus cette liberté.

Cette perte de liberté serait-elle compensée par une meilleure prévention? Peut-être. Mais la prévention des préjudices possibles n'est pas une fin en soi. Elle n'est qu'un moyen de définir un cadre dans lequel l'individu est laissé libre de vivre et de s'épanouir à sa façon, à l'unique condition qu'il n'empêche pas les autres de faire la même chose. Il serait absurde de chercher à définir ce cadre au détriment de la liberté même qu'il vise à promouvoir.

La nouvelle approche achoppe davantage encore sur un point, celui de sa conception fondamentale de la personne et de sa façon de traiter celle-ci. Elle n'a rien en commun avec la traditionnelle approche théologique. Cette dernière a au moins la condescendance de considérer le délinquant comme une personne qui, en cette qualité, a des droits et des devoirs, des responsabilités et des obligations. Elle a la condescendance de tenter de l'amener à modifier sa conduite et à respecter ses obligations, en ayant recours au raisonnement, à la persuasion et même à la menace, mais jamais à la coercition pure et simple. Sa méthode consiste à définir par la loi ce qui est défendu, à assortir de peines les infractions et à laisser à chacun son choix. Si quelqu'un enfreint délibérément la loi, le procès qui lui est fait et la peine qui lui est imposée montrent bien que la loi n'est pas là pour rire.

A l'opposé, que nous réserve la nouvelle approche «scientifique»? Elle considère le délinquant non comme un être responsable de ses actes avec qui on peut raisonner, mais plutôt comme un être malfaisant à qui on doit montrer à faire le bien, un robot dont il faut changer la programmation. Pourtant, est-il plus tolérable ou plus approprié d'agir ainsi en droit pénal que ce ne le serait, en matière de religion, si on effectuait les conversions par le biais de l'hypnose, de drogues, d'injections, d'interventions chirurgicales ou de quelque autre moyen physique? Changer le comportement des gens de cette façon, c'est nier leur qualité de personnes. C'est un prix que la société répugne à payer.

Nous n'éliminons pas pour autant une certaine recherche de la prévention. Nous n'éliminons pas l'internement de ceux avec lesquels il n'est plus possible de raisonner et de discuter—les anormaux mentaux pour qui la peine est sans objet. Nous n'excluons pas non plus le recours aux procédures *in rem* dans la partie réglementaire du droit pénal où l'objet nocif, par exemple l'aliment contaminé, constitue un danger pour la santé, que le vendeur soit à blâmer ou non. Dans ce contexte, les mesures prises pour éliminer le danger, par exemple la saisie d'un produit, ne peuvent pas être taxées d'injustice. Le vendeur ne saurait, en toute justice, exiger qu'un aliment contaminé demeure sur ses tablettes et empoisonne d'éventuels acheteurs, au seul motif que ce n'est pas de sa faute si le produit est impropre à la consommation. Au contraire, dans la mesure où on peut penser que cela est injuste, comme la vie elle-même peut l'être, lorsque le produit de A devient impropre à la consommation, mais non celui de B, que le bétail de A contracte la fièvre aphteuse, mais non celui de B, dans cette même mesure, on peut voir à ce que la société supporte le coût ou le fardeau de la perte subie par A au moyen d'un régime d'assurances ou d'indemnisation publique, ou par d'autres moyens.

Toutefois, cela ne justifie pas l'abandon complet du *mens rea* et l'adoption d'un système de «prophylaxie sociale». Comme nous l'avons déjà dit, nous rejetons un tel système. Les difficultés que pose son adoption, la perte de liberté qui en découle et l'attitude inhumaine sur laquelle il se fonde, font qu'il comporte plus de désavantages que d'avantages. Par conséquent, nous recommandons

(3) que dans le domaine des crimes proprement dits, le droit continue à se fonder sur le *mens rea* et en maintienne l'exigence.

VI

Responsabilité stricte, dissuasion et infraction réglementaire

Qu'en est-il du droit pénal réglementaire? L'infraction réglementaire devrait-elle, elle aussi, exiger le *mens rea*? La plupart des gens, pensons-nous, conviendront qu'il faudrait clarifier le droit et que les crimes proprement dits devraient exiger le *mens rea*. Mais il s'en trouvera peut-être beaucoup moins pour convenir que les infractions réglementaires devraient également exiger le *mens rea*, du fait que l'objectif du droit réglementaire consiste simplement dans la dissuasion et l'application de la loi. Nous voici donc au cœur du problème de la responsabilité stricte: dans quelle mesure la responsabilité stricte est-elle inacceptable parce que déshumanisante, contraire à la liberté et injuste?

(a) Les *infractions réglementaires, la responsabilité stricte et l'argument d'humanité*

Dans le domaine des infractions réglementaires, la responsabilité stricte signifie-t-elle que les personnes sont traitées comme des choses? En un sens, non. A tout le moins, pas au point que le supposerait l'abandon complet du *mens rea* dans le domaine des crimes proprement dits car alors, ce serait abolir entièrement la responsabilité personnelle. Même si le concept de responsabilité stricte a cours dans les infractions réglementaires, la responsabilité personnelle n'en est pas totalement exclue. De fait, tant qu'elle demeure à la base du droit pénal la doctrine du *mens rea*, loin de nier la responsabilité du délinquant, en exagère la portée. Non seulement traite-elle le délinquant comme une personne responsable, mais elle lui impose une responsabilité qui ne lui revient pas en le rendant plus responsable qu'il ne l'est en réalité.

En outre, puisque la punition est presque invariablement une amende—paradigme de la dissuasion qui cherche à faire en sorte que le crime ne paie pas—la loi fait au délinquant l'honneur de le considérer comme étant apte à la dissuasion, et partant, responsable. Par conséquent, l'argument si crucial dans le domaine des crimes proprement dits, voulant que la responsabilité stricte ait un effet déshumanisant, perd toute sa force dans le domaine des infractions réglementaires.

(b) Les *infractions réglementaires, la responsabilité stricte et la liberté*

Qu'en est-il des arguments fondés sur la liberté? Peut-on les soulever? Bien sûr que oui, car toute loi qui impose des peines sans exiger le *mens rea* fait que les individus agissent à leurs risques et périls. Si, par exemple, quelqu'un vend des aliments qui s'avèrent impropres à la consommation, il court le risque d'écoper d'une amende même s'il ne pouvait raisonnablement soupçonner leur mauvaise qualité. Comme nous l'avons déjà vu, ceci a pour effet de diminuer la capacité des individus de prévoir et de se mettre à l'abri de l'intervention du droit pénal.

Néanmoins, les arguments fondés sur la liberté ont ici moins de force que dans le domaine des crimes proprement dits. D'abord, les infractions du secteur réglementaire sont pour la plupart moins graves que les crimes et les peines sont plus légères. En pratique, l'emprisonnement est rare et l'imposition de petites amendes est la règle générale. Par conséquent, même si, dans la secteur réglementaire, la responsabilité stricte a pour effet de réduire la liberté des individus et de les laisser agir à leurs risques et périls, le danger n'est pas considérable. Bien que les individus soient moins en mesure de prédire et d'éviter les interventions de la loi, celles-ci ne comportent pas le caractère de gravité qui s'attache à la poursuite et à la punition des crimes.

La responsabilité stricte entraîne une certaine perte de liberté, mais les avantages qu'elle comporte sur le plan de la prévention, de l'instauration de normes élevées de prudence et de la protection du bien-être public, compensent largement cette perte.

(c) Les *infractions réglementaires, la responsabilité stricte et la justice*

En est-il de même sur le plan de la justice? La responsabilité stricte est-elle illogique ou injuste même dans les infractions réglementaires? On prétend parfois qu'elle est illogique en ce sens qu'elle cherche à prévenir ce qui ne peut pas l'être. Tout ce dont le délinquant moralement innocent se rend coupable, c'est d'une ignorance et d'une erreur invincibles qui, par hypothèse, ne peuvent être ni évitées ni prévenues.

Cet argument n'est pas convaincant. La dissuasion ne joue pas seulement à l'égard du prévenu; elle s'adresse aussi à tous les délinquants éventuels. Même si personne ne peut être dissuadé de commettre des erreurs invincibles, l'imposition d'une peine à la victime d'une telle erreur peut avoir pour effet de consolider l'ensemble du système de dissuasion, d'empêcher les échappatoires et d'encourager chacun à exercer la plus grande diligence possible. Si même les délinquants non fautifs ne s'en sortent pas, c'est là une raison de plus pour que tous les autres se montrent plus diligents. La responsabilité stricte peut avoir une fin utilitaire, elle n'est pas du tout illogique.

Mais est-elle injuste? En un sens, peut-être que non, du moins pas de la façon dont elle le serait pour les crimes proprement dits, où l'objectif du droit pénal consiste à faire justice du délinquant. Dans ce cas, la responsabilité stricte exposerait une personne à une condamnation, un stigmate, une infamie et une peine qu'il ne mérite pas en raison de l'absence de faute. Toutefois, en matière d'infractions réglementaires, la condamnation, le stigmate, l'infamie et la peine (au sens intégral d'une peine méritée par le prévenu) ne sont pas en cause. Comme il ne s'agit pas tant de punir que de dissuader, nous ne pouvons pas dire que le prévenu subit un blâme et une punition qu'il ne mérite pas. En théorie, tout au moins, il ne saurait être question de fardeaux injustes ou inéquitables.

Malheureusement, il n'en est pas de même en pratique. La loi, comme la vie, est rarement aussi simple que le pensent les théoriciens. D'une part, un verdict de culpabilité rendu par suite de la perpétration d'une infraction réglementaire peut être infamant. D'autre part, on peut considérer que la peine ne vise pas simplement à dissuader; on peut penser qu'elle est méritée. Qui plus est, la loi permet souvent d'imposer une peine de prison. Selon nos estimations, c'est le cas, du moins en théorie, pour plus de 70% des infractions de responsabilité stricte. Il n'est donc pas surprenant qu'en matière d'infractions réglementaires, le verdict de culpabilité et la punition puissent avoir des conséquences sociales très graves, y compris la perte d'une situation ou d'une réputation. Même s'il n'y a pas d'injustice en théorie, il peut toutefois y en avoir en pratique.

Mais il en a toujours été ainsi. Car même sans emprisonnement, les peines infligées pour les infractions réglementaires peuvent être plutôt sévères. La perte d'un permis, entraînant la perte du gagne-pain, peut parfois être beaucoup plus dure que l'emprisonnement lui-même. Ainsi celui qui, sans avoir commis aucune faute, est déclaré coupable d'une infraction de responsabilité stricte au code de la route, peut perdre son permis et son emploi. N'est-ce pas une injustice?

Indépendamment de ces considérations, la responsabilité stricte dans le domaine des infractions réglementaires est injuste dans le deuxième sens dont nous avons déjà fait mention. Même si elle ne vise qu'à la dissuasion, la responsabilité stricte n'en va pas moins à l'encontre du principe selon lequel il faut traiter semblablement des cas semblables et différemment des cas différents. Traiter de la même façon la personne qui a commis une faute et celle qui n'en a pas commis, c'est faire fi d'une distinction importante: les deux personnes ne font pas partie de la même catégorie. La loi devrait tenir compte de cette distinction, sinon il y a injustice.

Mais on prétend parfois que l'injustice n'est pas si grande. La justice est relative et, moins les peines sont graves, moins la responsabilité stricte est injuste. La condamnation d'une personne non fautive pour stationnement illégal est beaucoup moins injuste que la condamnation d'une personne non fautive pour un meurtre. Cela veut-il dire plutôt que nous n'avons pas à nous demander si la personne qui a stationné illégalement peut être blâmée? Une justice au rabais peut convenir aux infractions mineures, sans pour autant équivaloir à l'absence totale de justice. De toute façon, ne l'oublions pas, c'est avec cette justice que la plupart des gens viennent en contact; c'est là que le processus pénal est le plus visible. Dans ces petites causes, la justice ne s'attarde peut-être pas à déterminer la faute et le *mens rea* au cours d'un long procès, mais elle n'élimine pas toute forme de procès. Or, c'est justement ce que fait la responsabilité stricte. C'est pourquoi, peu importe que la justice soit relative ou non, la responsabilité stricte aboutit à une absence complète de justice.

Certains ne manqueront pas d'affirmer que la responsabilité stricte donne lieu à une justice élémentaire et expéditive. Après tout, il existe une grande marge d'erreur et une bonne part de hasard dans l'administration du droit pénal, et les quelques fois où une personne non fautive se voit déclarée coupable compensent pour toutes les fois où, étant fautive, elle ne s'est pas fait prendre. Pourtant cet argument non plus n'est pas convaincant. Dire qu'une injustice en annule une autre, cela ressemble étrangement à dire que deux moins font un plus. En outre, pouvons-nous être sûrs que la personne non blâmable qui se voit condamnée, paie pour toutes les fois où *elle-même* a commis une faute sans se faire prendre, et non pour *les autres*? Une justice aussi élémentaire et expéditive n'est pas du tout la justice, elle est beaucoup trop aléatoire et arbitraire.

D'aucuns prétendent que le hasard est la justification même de la responsabilité stricte telle qu'elle s'applique aux infractions réglementaires. Les hommes d'affaires, les automobilistes, les commerçants doivent être diligents, et les autorités doivent voir à ce qu'ils le soient. Par conséquent, les amendes imposées à ceux qui sont condamnés pour une infraction réglementaire font partie des frais inhérents à la réglementation de l'activité, frais qui sont répartis au hasard. Mais l'argument ne colle pas. D'abord les coûts ne sont pas vraiment répartis au hasard, et si c'était là ce que nous voulions, les statisticiens pourraient fournir un meilleur échantillon que ne le font les administrateurs qui, de toute façon, procèdent au petit bonheur. Ensuite, si les coûts sont attribuables à tous, la justice exige qu'ils soient partagés entre tous. Le hasard en tant que formule de répartition des frais ne se justifie qu'en l'absence de toute autre méthode, et que si l'ensemble de la population d'où provient

l'échantillon de ceux qui en font les frais, consent au mode de sélection. Étant donné qu'aucune des deux conditions n'est remplie, l'argument ne saurait tenir. La peine infligée au hasard ne peut pas vraiment être juste.

Mais on pourrait toujours dire que le droit réglementaire ne recherche pas la punition. La pénalité imposée à l'auteur d'une infraction réglementaire n'est pas vraiment une punition, mais elle fait plutôt partie d'un processus d'éducation. Elle ressemble à la taloche que les parents donnent à un bambin pour lui montrer à ne pas jouer avec le feu. Les parents ne s'arrêtent pas à se demander si l'enfant a commis une faute, ils agissent sur-le-champ pour lui donner une leçon salutaire. De la même façon, le droit réglementaire a pour objectif d'enseigner et d'éduquer, d'inculquer le sens de la prudence et de la sécurité. C'est précisément ce que peut faire l'imposition de pénalités à des gens qui ne sont pas en faute. Sous cet éclairage, la responsabilité stricte est-elle vraiment si injuste?

Elle est sûrement injuste, s'il existe un moyen d'éducation plus efficace et plus juste. La taloche donnée au bambin se justifie dans la mesure où elle est le seul ou le meilleur moyen de lui montrer à ne pas jouer avec le feu. Mais il y a plusieurs façons de donner une leçon; plus l'élève est âgé et raisonnable, moins le coup de règle sur les doigts est approprié. Bentham s'est déjà plaint que la façon dont nos juges établissaient la loi en créant de nouvelles règles au fur et à mesure que les problèmes leur étaient soumis, ressemblait à la façon dont un homme dresserait son chien: il attend que le chien fasse quelque chose qui lui déplaît, et alors il le frappe. Bentham pensait à bon droit que des adultes doués de raison méritaient mieux. Les règles peuvent et doivent leur être communiquées d'avance, de sorte qu'ils ne soient punis que s'ils les enfreignent en toute connaissance de cause, alors qu'il leur est possible de les respecter. Or la responsabilité stricte élimine précisément cette faculté de respecter la loi, car elle aboutit à la punition de personnes qui n'ont peut-être pas eu l'occasion de se conformer aux dispositions de la loi. N'y aurait-t-il pas une meilleure façon d'éduquer les gens? Étant donné qu'il est impossible de répondre à cette question, l'argument fondé sur l'éducation tient difficilement.

Mais on pourrait toujours dire que les dispositions qui créent des infractions réglementaires servent à promouvoir des normes élevées de prudence et à encourager les commerçants et les autres à éviter les fautes et les erreurs. Cela est nécessaire parce que les fautes et les erreurs, même de bonne foi, peuvent causer un dommage. Il n'y a pas de doute que la personne qui doit être tenue responsable du dommage est celle qui l'a causé, celle qui a commis l'erreur. Comment la responsabilité stricte peut-elle alors être si injuste?

Examinons le droit civil, par exemple. Notre droit civil délictuel, qui vise à la réparation des dommages, applique depuis longtemps la responsabilité stricte sans que personne n'y voie d'injustice. Par exemple, le gardien d'un animal dangereux est tenu responsable si l'animal s'échappe et cause des dommages, même en l'absence d'une faute de sa part. En pareil cas la loi considère, à juste titre, qu'entre deux personnes innocentes, celle qui doit subir une perte est celle qui a causé le dommage. Après tout, c'est le gardien de l'animal qui avait le choix; il n'avait qu'à ne pas amener l'animal chez lui, évitant ainsi de faire courir un risque aux autres. Personne n'est obligé de posséder un animal dangereux. Ici la responsabilité stricte est juste.

Mais à la différence du droit pénal le droit civil cherche, du moins d'un point de vue pécuniaire, à faire subir la perte non à la victime innocente mais à l'auteur du dommage. Celui-ci peut évidemment s'assurer contre les pertes, les inclure dans ses frais d'entreprise et les faire assumer par ses clients, en somme par le public. Ainsi, en dernière analyse, au lieu d'incomber entièrement à une malheureuse victime, la perte est répartie entre tous.

Au contraire, le droit pénal ne recherche pas la réparation, mais plutôt la punition et la dissuasion. L'amende n'est pas destinée à indemniser les victimes réelles ou éventuelles; elle est imposée dans une optique de dissuasion. Dans la mesure où l'amende est considérée comme un coût de l'entreprise et est assumée par le public, cela pourrait signifier que le public paie une amende qui, en réalité, devrait lui être payée. C'est là un résultat pour le moins étrange! Ainsi donc, en droit pénal, il est impossible d'invoquer les mêmes motifs qu'en droit civil pour justifier la responsabilité stricte.

En fait, en droit pénal, la responsabilité stricte impose à quiconque se lance dans une activité susceptible de causer un préjudice, l'obligation de l'exercer à ses risques et périls. Cela est conforme à la logique du droit civil. Le propriétaire d'un zoo ou d'une fabrique de pièces pyrotechniques sait bien qu'un dommage peut résulter de son activité. Par conséquent, il n'est que juste de l'obliger à une réparation. C'est là un risque de son métier.

Ce principe s'applique-t-il en droit pénal? Si oui, il devrait nous faire bénéficier d'un avantage quelconque, entre autres en obligeant celui qui cause un préjudice à d'autres personnes, fût-ce innocemment, à leur verser une indemnité. Mais c'est justement ce qu'assure le droit civil. Un second avantage consisterait à décourager l'activité en question sans aller jusqu'à l'interdire. C'est ce qui se produit dans d'autres domaines du droit. Ainsi, la loi n'interdit pas de boire de l'alcool, mais en refusant presque toujours de considérer l'ivresse comme une excuse, elle indique

que celui qui s'enivre le fait à ses propres risques. Toutefois, ceci ne s'applique pas à certaines activités, notamment la vente et la distribution de produits alimentaires, lesquelles sont absolument essentielles à la société. Si la responsabilité stricte nous force à exercer à nos risques et périls des activités essentielles ou utiles à la société, en réalité, elle les entrave. Loin d'être utile, la responsabilité stricte devient nuisible.

Pour toutes ces raisons, nous concluons que dans le domaine des infractions réglementaires, la responsabilité stricte est injuste. Aussi, faisons-nous la recommandation suivante:

(4) l'infraction réglementaire devrait exiger une forme quelconque de faute; pour ce type d'infraction, la culpabilité devrait se fonder sur la responsabilité personnelle et, en principe, la responsabilité stricte devrait en être exclue.

VII

La responsabilité stricte en pratique et l'infraction réglementaire

Mais, en pratique, peut-on abandonner la responsabilité stricte?

(a) *La responsabilité stricte est-elle injuste en pratique?*

Faut-il vraiment abandonner la responsabilité stricte? Si, en principe, il ne fait pas de doute qu'il est injuste de punir celui qui n'a commis aucune faute, il faut se demander si c'est vraiment là ce qui se produit en pratique. Comme nous l'avons déjà signalé, nos sondages tendent à établir le contraire. Ils laissent entendre, dans les domaines que nous avons examinés, que le droit réglementaire est appliqué de telle façon que, dans l'ensemble, seules font l'objet de poursuites les personnes qui ont commis une faute. En pratique, l'erreur raisonnable semble constituer un moyen de défense, car le délinquant à qui on ne reproche rien d'autre qu'une erreur raisonnable paraît échapper à toute poursuite.

Cela est tout à fait normal. Quel administrateur a suffisamment les moyens d'engager des poursuites chaque fois qu'une infraction vient à sa connaissance? Il doit inévitablement exercer une discrétion et effectuer un choix. Et on comprend facilement qu'il choisisse, pour intenter des poursuites, les infractions qu'il juge particulièrement graves. Or la faute du délinquant constitue précisément une circonstance aggravante. Par conséquent, l'absence de faute peut fort bien signifier absence de poursuites.

Si les choses se passent ainsi, où se trouve l'injustice? Si injustice il y a, celle-ci n'est qu'apparente et non réelle. Pourquoi alors ne pas laisser le droit de la responsabilité stricte dans son état actuel? Pourquoi se préoccuper d'une injustice qui peut n'être que théorique?

Nous avons déjà répondu en partie à cette question. Il n'est pas souhaitable qu'il y ait divergence entre la théorie et la pratique. Si la loi dit que la culpabilité ne dépend pas de la faute, alors que la pratique affirme le contraire, cela mène à la confusion, pour ne pas dire à l'hypocrisie. Il va sans dire que la loi devrait faire ce qu'elle dit et dire ce qu'elle fait. Le mythe et la réalité ne doivent pas prendre des chemins trop séparés.

Il existe toutefois une autre réponse, beaucoup plus convaincante. En pratique, l'absence de faute attribuable à une erreur raisonnable ne constitue un moyen de défense que si l'administration croit que le prévenu a effectivement agi sous le coup d'une erreur raisonnable. Par conséquent, ce n'est pas l'absence de faute qui signifie l'absence de poursuite, mais uniquement la croyance de la part de l'administrateur à l'absence de faute. Quoi qu'il en soit, combien y a-t-il de condamnations possiblement injustes, tant en pratique qu'en principe, en raison d'un refus de la part de l'administration d'accepter l'excuse invoquée de bonne foi par le prévenu, à l'effet qu'il a commis une erreur raisonnable?

Ce prévenu ne pourrait-il pas réclamer le droit de dire: «Voyons si le tribunal fera droit à mon plaidoyer»? Autrement c'est le poursuivant, et non le tribunal, qui détermine la culpabilité. Le poursuivant devient alors juge et partie dans sa propre cause, ce que condamne le *common law*. Selon les principes de «justice naturelle» élaborés depuis longtemps par le *common law*, personne ne doit être juge et partie dans sa propre cause.

Par conséquent, en principe comme en pratique, notre droit réglementaire peut être injuste. Il peut également comporter un danger. Permettre au poursuivant d'être juge dans sa propre cause, c'est laisser le citoyen à la merci de ce dernier, c'est le laisser entièrement à la discrétion de l'administrateur. Il en résulte un gouvernement soumis à la férule des individus et non à la règle de droit. Même exercé d'une façon équitable, le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne saurait remplacer la justice qui, elle, réalise l'équilibre entre la loi et le pouvoir discrétionnaire.

Force nous est de constater que, dans le domaine des infractions réglementaires, les pratiques administratives n'éliminent pas les injustices inhérentes à la responsabilité stricte. Au contraire, elles engendrent d'autres dangers, ceux d'une administration tracassière et oppressive. Nous concluons donc que, même en pratique, la responsabilité stricte est injuste et que, si possible, on doit l'abandonner.

(b) *La responsibilité stricte se justifie-t-elle en pratique?*

Est-il possible et le cas échéant, souhaitable, d'éliminer la responsabilité stricte? Celle-ci est injuste, soit; mais cela ne veut pas dire qu'elle ne se justifie pas, pas plus que les défauts qu'on lui trouve ne doivent nécessairement entraîner son élimination. En définitive, quelles sont les valeurs en jeu: la justice uniquement, ou aussi l'efficacité?

C'est une controverse difficile à trancher. D'un côté, on affirme que la responsabilité stricte est injuste, comme nous l'avons constaté ci-haut. De l'autre côté, on prétend que l'injustice n'est pas bien grave parce que,

de toute façon, nous ne pouvons nous permettre, en matière d'infraction réglementaire, d'assortir le procès des mêmes garanties dont nous entourons l'individu accusé d'un crime. Le problème, c'est que les deux points de vue sont également valables.

En premier lieu, la justice n'est pas l'unique considération. Le droit pénal ne recherche pas la justice au prix de toute efficacité et inversement, l'équité et la justice ne doivent pas être totalement sacrifiées à l'efficacité. De fait, l'équité et la justice font l'objet d'une pondération et d'un équilibre qui varient en fonction de la gradation des infractions, depuis les crimes les plus graves jusqu'aux infraction les plus minimes. Dans les crimes graves tels que le meurtre, le viol et le vol, la justice l'emporte de beaucoup sur l'efficacité, en raison du souci primordial d'éviter les condamnations injustes. Ce souci se reflète dans l'exigence du *mens rea* et l'obligation de la poursuite d'assumer totalement le fardeau de la preuve. Quant aux infractions mineures telles que le stationnement illégal, l'efficacité l'emporte sur la justice. On vise, principalement, à ce que les tribunaux épuisent leurs rôles avec promptitude. Cela est rendu possible par la simplification de la procédure, le renversement fréquent du fardeau de preuve et la possibilité de prononcer une condamnation, même en l'absence de responsabilité personnelle.

Il ne faudrait pourtant pas conclure que l'efficacité n'a pas de place dans les procès portant sur les crimes, ni que la justice est exclue des procès relatifs à des infractions réglementaires. Au contraire, chacune joue un rôle en étant la contrepartie de l'autre.

En matière de crimes graves, un minimum d'efficacité détermine jusqu'où nous pouvons aller dans notre souci de justice envers l'accusé. Par exemple, le jury se compose de douze jurés et, dans certaines provinces, de six. Pourquoi pas davantage: plus il y a de jurés, moins il y a de chances de condamner un innocent? C'est sans doute vrai, mais il faut tenir compte de la prolongation des délais, de l'augmentation des frais inhérents aux procès, sans oublier l'alourdissement du fardeau que doit assumer le citoyen en acceptant de faire partie d'un jury.

En droit réglementaire, au contraire, l'efficacité est au volant et la justice met le frein. La procédure y est beaucoup plus sommaire qu'en droit criminel proprement dit. Le droit réglementaire n'en devient pas, pour autant, entièrement arbitraire. D'une part, il exige la preuve du fait punissable, l'*actus reus;* d'autre part, quoique stricte, la responsabilité stricte n'est pas absolue puisque certains moyens de défense autres que l'erreur de fait ne sont pas nécessairement exclus.

Par conséquent, partout en droit pénal, on peut constater une forme de compromis entre l'efficacité et la justice. De toute façon, la justice ne signifie pas uniquement justice pour le prévenu, puisque tout

procès comporte deux parties et que la justice cherche un équilibre entre les droits du prévenu et ceux de la société. A l'égard du prévenu, la justice doit veiller à ne pas condamner l'innocent et, à l'égard de la société, à ne pas laisser le coupable s'échapper.

(*c*) *La responsabilité stricte est-elle indispensable en pratique?*

Les administrateurs insistent pour que la responsabilité stricte continue de régir les infractions réglementaires, au motif qu'elle est nécessaire à l'application de la loi. Sans elle, disent-ils, la loi serait inapplicable. Dans les affaires de responsabilité stricte, seul le prévenu est en mesure de savoir ce qui s'est réellement passé, et il est aussi le seul à savoir ce qui est arrivé à sa place d'affaires. Exiger de la poursuite qu'elle fasse la preuve du *mens rea* ou d'un degré moindre de faute, c'est rendre toute condamnation impossible, avec le résultat que les coupables échapperaient à la justice.

Sur quoi cette prétention se fonde-t-elle? Y a-t-il quelque élément de preuve à l'effet que l'application de la loi deviendrait impossible si la poursuite devait établir le moindre élément de culpabilité ou si, à tout le moins, l'absence de faute constituait un moyen de défense? Les administrateurs des différents ministères croient fermement que oui, mais ils ne fournissent jamais de preuve à cet effet. Il existe au contraire des indications en sens inverse. Depuis 1968, les lois fédérales régissant le secteur réglementaire tendent de plus en plus à admettre le plaidoyer de diligence raisonnable, sans pour autant inquiéter les administrateurs outre mesure. Du moins, jamais n'a-t-on entendu un seul d'entre eux prétendre que ces nouvelles lois sont inapplicables. Bref, rien n'indique que la responsabilité stricte soit indispensable aux infractions réglementaires.

(*d*) *La justice et l'efficacité*

Même si la responsabilité stricte n'est pas indispensable, ne remplit-elle pas un rôle utile en abrégeant les procès et en facilitant l'application de la loi? En outre, ne permet-elle pas, soit à l'administrateur au moment d'intenter la poursuite, soit au tribunal au moment d'imposer la sentence, de tenir compte de la faute avec moins de formalités?

Cependant ne faut-il pas payer ces avantages trop cher? Il faut d'abord penser à l'injustice inhérente à la condamnation d'une personne qui n'a commis aucune faute. Il peut aussi y avoir d'autres inconvénients. En premier lieu, la responsabilité pénale sans faute peut avoir pour effet de miner le droit pénal et de l'exposer au mépris et au cynisme. La condamnation que le prévenu ne mérite pas pour une infraction réglementaire, peut l'amener à penser que celle qu'il mérite pour un crime n'a elle-même que peu de signification morale.

En second lieu, la responsabilité stricte peut aussi avoir pour effet de rendre la vie trop facile tant à l'administrateur qu'au délinquant. Le premier obtient une condamnation sans avoir réellement à vérifier si les pratiques commerciales du prévenu respectent les normes minimales de diligence et d'honnêteté. Quant au second, son plaidoyer de culpabilité lui permet à la fois de sauver les apparences, en invoquant l'absence de faute, et d'éviter que l'enquête judiciaire ne mette ses pratiques au grand jour. Toutefois, le respect des normes de diligence et de sécurité n'est pas fonction du taux de condamnations.

Au contraire, l'abandon de la responsabilité stricte dans la poursuite des infractions réglementaires attirerait l'attention du tribunal sur la préoccupation première de la loi, soit la question de savoir jusqu'à quel point les pratiques du délinquant sont inférieures aux normes requises. L'abandon de la responsibilité stricte aurait pour effet d'amener le tribunal, non pas à escamoter cette question, mais au contraire à la révéler au grand jour. Après tout, les normes de diligence appartiennent au domaine public et sont d'intérêt public, ne serait-ce qu'en raison du fait que le progrès de la technologie et l'expérience contribuent sans cesse à les améliorer. Il importe donc que la vérification, l'évaluation et la recherche de ces normes se fassent non pas dans les officines des administrateurs mais en pleine audience. C'est précisément là ce que la responsabilité stricte empêche.

VIII

Les solutions de rechange à la responsabilité stricte dans les infractions réglementaires

Quelles sont les solutions de rechange au droit actuel? Est-il possible d'atteindre l'efficacité sans sacrifier la justice?

(a) *La contravention*

Une façon d'y arriver consisterait à préserver l'efficacité et à «éliminer» l'injustice, au moyen d'une reclassification des infractions réglementaires sous le vocable de «contraventions». Cette solution a du bon en ce qu'elle élimine toute considération de blâme ou d'infamie, de même que toute tentative de faire justice au délinquant. Mais à tous autres égards, elle ne comporte que peu d'intérêt. L'injustice inhérente à la condamnation non méritée reste entière même si on donne à l'infraction le nom de contravention: une injustice demeure une injustice, quel que soit son nom. Au demeurant cette solution, qui a été retenue par le «Model Penal Code» américain, n'est pas entièrement satisfaisante: elle change l'étiquette sans changer le produit.

(b) *Le droit administratif est-il la solution?*

Pourquoi ne pas avoir recours à un mécanisme administratif? Cette suggestion est simpliste puisque la procédure administrative impliquerait elle aussi, selon toute probabilité, des mesures coercitives contre le prévenu, soit la fermeture ou l'interruption de son commerce, la révocation de son permis, ou alors une mesure pécuniaire. En un mot, elle débouche sur une pénalité. Le transfert de l'infraction réglementaire du droit pénal au droit administratif ne résout en rien le problème de l'injustice qu'entraîne la punition d'une personne qui n'est pas en faute; il ne fait que le déplacer.

Ce n'est pas que nous ne voyions aucun mérite à la solution administrative. Bien au contraire, nous avons déjà suggéré que les administrateurs donnent plus d'importance aux recours *in rem*. Cependant, même à l'égard de ces recours, la justice exige que le justiciable ait la faculté de contester les faits invoqués à l'appui d'une ordonnance administrative susceptible d'affecter ses droits. Par ailleurs, même si l'ordonnance vise à prévenir un manquement à la loi plutôt qu'à supprimer

un danger, la responsabilité stricte, nous tenons à le souligner, demeure répréhensible en ce qu'elle pénalise des individus qui n'ont commis aucune faute et ne méritent aucun blâme.

(c) *Le rôle du mens rea*

Une solution de rechange encore moins attrayante consisterait à appliquer au domaine des infractions réglementaires la doctrine traditionnelle du *mens rea* voulant que personne ne soit coupable d'une infraction réglementaire, à moins que le poursuivant n'établisse l'existence d'une intention ou d'une insouciance. Les arguments traditionnels de l'administrateur ont ici beaucoup de poids. Comment la poursuite pourrait-elle faire la preuve du *mens rea*? Par exemple, comment pourrait-elle établir que l'auteur d'une réclame publicitaire voulait délibérément tromper le public? Comment établir qu'un commerçant a vendu délibérément ou de façon insouciante des aliments impropres à la consommation? Comment établir qu'il ne s'agissait pas d'une faute d'inattention? Il est difficile de voir comment l'administrateur pourrait appliquer la loi, si celle-ci comportait l'exigence du *mens rea*.

Mais il y a pire encore: l'altération de la nature même de l'infraction réglementaire qui résulterait de l'exigence du *mens rea*. En effet, comme nous l'avons déjà signalé, l'infraction réglementaire type est le fait de la négligence tout autant que de l'intention. En d'autres termes, le but du droit réglementaire n'est pas de prohiber certains actes mauvais tels que le meurtre, le viol et le vol sur la personne; il consiste plutôt à promouvoir des normes de prudence dans les affaires, le commerce et l'industrie, et des normes d'honnêteté dans le commerce et la publicité, ainsi qu'à inculquer le sens de la préservation de l'environnement et de l'économie des ressources naturelles. En définitive, l'infraction réglementaire est fondamentalement et typiquement une infraction de négligence.

(d) *La nature de l'infraction réglementaire*

Au fond, le «mal» que le droit réglementaire cherche à supprimer n'est pas la perpétration occasionnelle d'actes isolés, mais bien leur répétition attribuable à la négligence. Par exemple, le problème de la vente à faux poids ne provient pas de l'honnête commerçant qui, par accident ou erreur, fait occasionnellement une telle vente. Il provient plutôt du commerçant chez qui la multiplication des ventes à faux poids indique soit une intention d'abuser ses clients, soit un manque de diligence à leur donner la pleine contrepartie de leur argent. Les pratiques administratives relatives à cette partie du droit reflètent clairement cette distinction. En effet, comme l'ont montré nos recherches, l'administration applique un système d'avertissement qui fonctionne de la façon suivante: l'inspecteur qui découvre une vente à faux poids donne un

avertissement plutôt que d'intenter une poursuite, et il effectue une vérification ultérieure. Si cette dernière fait découvrir d'autres ventes à faux poids l'administrateur, constatant que le commerçant n'a pas modifié sa conduite, intente alors une poursuite. Comme on nous l'a expliqué, les administrateurs ne s'intéressent pas tant aux auteurs d'actes isolés qu'aux «mauvaises têtes» (pour employer leur expression) dont la conduite habituelle démontre leur défaut de respecter les normes imposées par la loi.

Cependant, ce ne sont pas toutes les infractions réglementaires qui peuvent être considérées comme des infractions continuelles. Prenons le cas de la publicité trompeuse. Supposons qu'un grand magasin à rayons publie une annonce trompeuse au sujet de meubles pour laquelle il se voit donner un avertissement et que, peu après, il publie une annonce également trompeuse concernant des vêtements d'enfants. Dans quelle mesure pourrions-nous déduire de la première inexactitude que la seconde est délibérée ou attribuable à la négligence? Il en va de même pour les infractions routières et, d'une façon générale, pour les infractions provinciales. Le fait qu'un jour un conducteur passe outre à un signal d'arrêt ne prouve pas que s'il pose le même acte le lendemain, cet acte résulte nécessairement de sa négligence. Ceci montre que le système d'avertissement, qui fonctionne très bien pour les poids et mesures et les aliments et drogues, n'est pas nécessairement applicable à d'autres domaines.

(e) *La négligence*

Mais on ne doit pas conclure de ce qui précède que les infractions qui se prêtent difficilement au système d'avertissement ne sont pas des infractions de négligence. Au contraire, les annonceurs qui nous préoccupent sont précisément ceux qui, même sans le faire de façon frauduleuse, abusent leurs clients au moyen de pratiques publicitaires «à la va comme je te pousse». De la même façon, les automobilistes qui nous préoccupent sont précisément ceux qui, sans être délibérément dangereux, conduisent d'une façon si imprudente qu'ils constituent une menace sur la route. Nous proposons donc une troisième solution, **soit d'accepter l'infraction réglementaire pour ce qu'elle est, une infraction de négligence, et de formuler la loi d'une façon telle que la culpabilité dépende du défaut de diligence raisonnable.**

Après tout, mis à part les systèmes d'avertissement, il y a plusieurs façons de distinguer la conduite imprudente de l'accident inévitable et de l'erreur raisonnable. Cette distinction est fréquente ailleurs qu'en droit pénal. On la retrouve dans la vie de tous les jours et les tribunaux civils doivent la faire chaque fois qu'ils ont à déterminer la responsabilité d'un défendeur en raison d'une négligence. Pour quelles raisons serions-

nous incapables de faire cette distinction en droit pénal, et en particulier dans le droit des infractions réglementaires?

L'une des raisons souvent mentionnée est le fardeau de la preuve. On dit que ce serait trop exiger que d'imposer à la poursuite le fardeau de prouver la négligence du prévenu au-delà du doute raisonnable. Mais, ce fardeau de preuve convient aux crimes sans nécessairement convenir aux infractions réglementaires. Celles-ci sont créées par la loi dans le but de promouvoir des normes de prudence qui sont de nature à élever les niveaux de connaissance, d'habileté, d'expérience et de technologie. L'évaluation, la recherche et la vérification de ces normes doivent se faire ouvertement devant le tribunal, ce qui suppose une connaissance précise de la conduite et des motifs du prévenu. En conséquence nous soutenons que, dans le domaine des infractions réglementaires, l'imposition au prévenu de l'obligation de faire la preuve qu'il n'a pas été négligent ou, ce qui revient au même, de prouver sa diligence, non seulement se justifie mais est aussi souhaitable. Elle se justifie du fait que les pénalités sont légères et l'infamie moindre. Elle est souhaitable parce qu'elle sert au mieux les fins du droit réglementaire.

Une autre raison qui nous a été suggérée voudrait que le plaidoyer de «diligence raisonnable» rendrait encore la tâche trop facile à certains prévenus, même s'ils devaient en assumer le fardeau. Ainsi, il serait trop facile aux grandes sociétés d'ensevelir le tribunal sous des questions de détails et même, dans certains cas, en s'appuyant sur leur force économique, de s'assurer la complicité de leurs fournisseurs dans la fabrication d'excuses controuvées. Nous avons trois réponses à opposer à cet argument. En premier lieu nous réitérons le fait que, dans ce document de travail, nous traitons uniquement de la responsabilité des individus et non de celle des sociétés. En second lieu, nous soulignons la nécessité d'étudier la généralisation de l'emploi des dispositions un recours en garantie, dans tous les cas où le prévenu cherche à se disculper en rejetant la faute sur un tiers, par exemple son fournisseur. On pourrait à cette fin prévoir une disposition du genre de celle que l'on trouve à l'art. 17 de la *Loi sur les spécialités pharmaceutiques ou médicaments brevetés*, S.R.C. 1970, P-25, ou à l'art. 29 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, F-27. Aux termes de ces dispositions, le prévenu qui cherche à se disculper en alléguant la faute d'un tiers doit, au moins dix jours avant le procès, donner au poursuivant le nom du tiers en question. De cette façon, l'administrateur peut intenter des poursuites contre la personne dont la faute est alléguée.

En troisième lieu, nous aimerions insister sur le caractère nécessaire de la prévention. La loi devra encore donner à l'administrateur les recours lui permettant de supprimer les dangers possibles. De fait,

nous suggérerions que les administrateurs, lors de la refonte de leurs règlements, accordent plus d'importance au rôle supplétif que les procédures *in rem* peuvent jouer à l'égard des procédures pénales ordinaires.

En définitive, la solution que nous proposons consiste à éliminer la responsabilité stricte des infractions réglementaires en instituant un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Ce faisant, ces infractions deviennent en droit ce qu'elles sont en réalité, des infractions de négligence.

Cette solution n'est pas une innovation. Elle a été prônée par presque tous les auteurs qui se sont intéressés à la question * et, comme nous l'avons vu, les lois y recourent de plus en plus. C'est aussi une solution pratique; du moins, rien n'indique le contraire. Par conséquent, nous pensons pouvoir conclure que le fait de fonder la responsabilité sur la négligence ne diminuerait en rien l'efficacité de la loi. Par ailleurs, nous y gagnerions beaucoup au plan de la justice.

Y gagnons-nous vraiment? La négligence est-elle moins injuste? A-t-elle sa place en droit pénal? Depuis des années, une grande controverse doctrinale fait fureur sur la question de savoir si la notion de *mens rea* s'étend au concept de négligence. Nous nous tenons à l'écart de cette controverse pour nous demander plutôt si la négligence devrait être une cause de responsabilité pénale.

Le problème est le suivant. Traditionnellement, la responsabilité pénale est fondée sur la faute, soit l'intention blâmable ou l'insouciance et ce, à notre avis, à juste titre. C'est ainsi que nous concevons notre droit pénal. Puisque ce dernier constitue en quelque sorte une morale appliquée, il ne doit donc y avoir aucune divergence entre la culpabilité légale et la culpabilité morale. Mais l'imprudence n'est-elle pas une espèce de faute? Pas tout à fait, dans notre droit. En effet, en droit civil, l'imprudence ou la négligence consiste dans le défaut d'exercer la prudence du «bon père de famille». Mais qu'arrive-t-il si le défendeur, dans une action pour négligence, est sot ou maladroit au point d'être incapable de se conformer à la norme du bon père de famille? Dans une action civile pour négligence, ce n'est pas là un moyen de défense valable.

Mais ce moyen de défense devrait-il exister en droit pénal? La difficulté est la suivante: d'une part, il est injuste de punir une personne pour quelque chose qui n'est pas de sa faute. Par conséquent, celui qui ne se conforme pas à la norme de l'homme raisonnable, parce qu'il ne peut pas faire autrement, ne devrait pas être condamné. D'autre part, en exonérant les gens qui ne se conforment pas à la norme de diligence

*Et par la English Law Commission; toutefois, cette dernière n'aborde pas du tout la question de la même façon que nous.

raisonnable en raison de leur propre maladresse, sottise ou ignorance (bien qu'inévitable), on donne une prime à ces défauts.

Jusqu'à quel point un droit pénal axé sur la négligence devrait-il tenir compte de l'équation personnelle du prévenu? C'est là une question qui doit être discutée en dehors du présent document de travail. Nous ne faisons ici que la soulever. Si, selon nos recommandations, le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable était adopté, nous devrions nous demander ultérieurement jusqu'à quel point celle-ci doit se juger d'après une norme objective, et jusqu'à quel point il faudrait tenir compte de la réaction subjective du délinquant à cette norme. Pour l'instant, nous laisserons les tribunaux répondre à cette question.

Par conséquent, nous faisons la recommandation suivante:

(5) la négligence devrait être la norme minimale de responsabilité dans le domaine des infractions réglementaires; en conséquence, nul prévenu ne devrait être condamné pour une infraction réglementaire s'il établit qu'il a agi avec diligence raisonnable, c'est-à-dire qu'il n'a pas été négligent.

IX

Le droit pénal que nous devrions avoir

Nous concluons donc que, dans le domaine du droit réglementaire, la responsabilité stricte devrait être remplacée par la négligence et que la loi devrait permettre au moins le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, le fardeau de prouver celle-ci incombant au prévenu. A notre avis, c'est là un compromis satisfaisant entre la doctrine intégrale du *mens rea* et la responsabilité stricte. Il répond à la fois au besoin de justice et au besoin d'efficacité. D'une part, personne ne serait pénalisé à moins d'avoir commis une faute; d'autre part, rien de concret n'indique que sur le plan de l'efficacité, l'application de la loi en souffrirait. De toute évidence, les tribunaux consacreraient plus de temps à examiner la question de savoir si le prévenu a fait preuve d'une diligence raisonnable. Mais dans l'état actuel des choses, il passent déjà beaucoup de temps à déterminer la faute pour les fins de la sentence. Nous pensons donc que les délais requis ne seraient pas très importants.

Telle que nous la concevons, notre recommandation devrait être mise en œuvre dans le cadre d'un droit pénal divisé en deux parties. L'une, comportant toutes les infractions traditionnelles, les crimes proprement dits, se trouverait au Code criminel. Dans ce contexte, l'ignorance de la loi ne constituerait pas, du moins en règle générale, un moyen de défense valable, et la peine prévue pourrait légitimement comprendre l'emprisonnement. L'autre, comportant les infractions réglementaires, se trouverait dans les autres lois et règlements fédéraux. Le prévenu serait admis, dans une certaine mesure, à plaider l'ignorance de la loi. Quant à l'emprisonnement il devrait, à notre avis, être exclu dans la plupart des cas encore que, dans les cas appropriés, les infractions réglementaires commises d'une façon délibérée ou insouciante pourraient constituer des infractions prévues par le Code criminel et mériter l'emprisonnement. Il pourrait en être ainsi également pour le défaut volontaire de payer une amende et la désobéissance volontaire à une ordonnance judiciaire, même lorsque l'amende ou l'ordonnance a trait à une infraction réglementaire.

Le Code criminel comporterait toujours une partie générale définissant les principes généraux et les moyens de défense. On pourrait inclure dans cette partie générale un article à l'effet suivant:

(1) toute infraction au Code criminel exige la preuve du *mens rea,* sauf lorsque le Parlement en dispose autrement d'une façon explicite;

(2) toute infraction prévue par une loi autre que le Code criminel donne ouverture à l'excuse de diligence raisonnable, sauf lorsque le Parlement en dispose autrement d'une façon explicite; et

(3) le Parlement n'est pas censé en avoir disposé autrement, à moins qu'il n'ait fait de cette infraction une infraction de responsabilité stricte, en statuant que la diligence raisonnable est irrecevable.

Un tel droit pénal, pensons-nous, y gagnerait sur tous les tableaux, notamment ceux de l'efficacité et de l'équité. Il y gagnerait sur le plan de l'efficacité, parce qu'il serait plus apte à promouvoir les normes de prudence et de sécurité qui constituent les véritables objectifs du droit réglementaire. Il y gagnerait aussi sur le plan de l'équité, parce qu'il éviterait l'injustice inhérente à la punition de ceux qui ne sont pas en faute.

C'est ainsi, croyons-nous, que nous devrions modeler notre droit toute autre branche du droit touche à la question du bien et du mal. Faisons en sorte qu'il réprime les maux réels et non les maux imaginaires ou fictifs. Autrement, nous risquons de créer une société cynique qui en viendrait à considérer la condamnation d'innocents comme une inévitable réalité de la vie. Pourquoi en arriver là si la vie elle-même ne nous y contraint pas? En outre, ce n'est sûrement pas ce genre de société que le Canada veut se donner.

En conséquence, nous faisons la recommandation suivante:

(6) Toutes les infractions graves, manifestes et de portée générale devraient être contenues au Code criminel et exiger le *mens rea,* et l'emprisonnement devrait être possible seulement pour ces infractions; toutes les infractions ne relevant pas du Code criminel devraient au moins laisser ouverture à l'excuse de diligence raisonnable et, en règle générale, exclure l'emprisonnement.